



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث LMD تخصص: القانون المدني

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بقة عبد الحفيظ

من إعداد الطالبة:

مصدق فطيمة الزهراء

أمام لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
حاج عزام سليمان	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	رئيسا
بقة عبد الحفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
زبدة نور الدين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	مشرفا مساعدا
صغير بيرم عبد المجيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	ممتحنا
مقدم ياسين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	ممتحنا
ضريفي الصادق	أستاذ التعليم العالي	جامعة البويرة	ممتحنا
ناصر مريم	أستاذ محاضر (أ)	جامعة سطيف 2	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022 / 2023

شكر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله كثيرا، والحمد لله دائما وأبدا،

والصلاة والسلام على نبينا الكريم محمد عليه الصلاة والسلام، وعلى آله وصحبه أجمعين أما

بعد:

أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي البروفيسور "عبد الحفيظ بقة" على كرم إشرافه على إعداد هذا العمل المتواضع، وعلى جهده ووقته وتواضعه وصبره لإتمام هذه الأطروحة، ونصائحه القيمة التي أفادتني كثيرا في العديد من الأعمال العلمية التي قمنا بها سويا. وأتوجه بالشكر الخالص لأعضاء لجنة المناقشة الذين سيتفضلون لمناقشة هذه الأطروحة. كما أتقدم بالشكر إلى جميع الأساتذة الذين أسدونني نصائحهم القيمة، سواء من جامعة المسيلة، أو من جامعة باتنة 1.

والله من وراء القصد وهو المادي إلى سواء السبيل.

فطيمة الزهراء ممدق

إهداء

إلى والدي الكريمين حفظهما الله ورعاهما

إلى فلذة كبدي وقرّة عيني ابني "أنس محمد المالك" صانه الله وجعله من حفظة كتابه

العزیز

إلى إخوتي وجميع أفراد عائلتي

إلى توأم روحي ورب أخت لم تلدها أمي صديقتي الحبيبة "صبرة ماجور"

إلى جميع الناس الطيبين الذين التقيت بهم في حياتي

أهدي هذا الجهد المتواضع

قائمة الاختصارات

أولاً: الاختصارات باللغة العربية

د ط: بدون طبعة

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

د د ن: دون دار النشر

ج: الجزء

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ع: العدد

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

ق.م.م: القانون المدني المصري

مج: المجلد

ثانيا: الاختصارات باللغة الفرنسية

Art : article

Ed : édition

Ibid : (ibidem) dans le même ouvrage déjà cité

N° : numéro

Op-cit : (opus cutatum) ouvrage déjà cité

P : page

T : tome

مقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

العقد هو وليد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ومن توافق هاتين الإرادتين يستمد قوته الملزمة، وتحكمه العديد من المبادئ الثابتة نسبياً، أهمها وأكثرها صرامة مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، الذي كرسه التشريعات الحديثة في قوانينها المدنية، ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص عليه في المادة 106 منه التي جاء فيها: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)¹.

فالعقد هو قانون المتعاقدين ودستورهما، ومرجعهما في كل أمر يتعلق بالتصرف القانوني الذي أبرماه، فهو ملك لإرادتين تنفصلان تماماً عن المتعاقدين، ويصبح لهما كيانهما الخاص المستقل بمجرد توافقهما، وعليه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتصرف منفرداً في العقد سواء بتعديله أو إنهائه أو إجراء أي تصرف آخر عليه إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد، ولا يجوز لأحد التدخل في العقد بما في ذلك القاضي.

إلا أن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" أو القوة الملزمة للعقد كثيراً ما تصطدم بمصلحة المتعاقدين، التي قد لا تتوافق في الكثير من الأحيان مع مصلحة العقد في الاحتفاظ بما تضمنه وحمايته ضد التعديل بدون موافقة طرفيه، نتيجة ما قد يطرأ على هذا العقد من ظروف قد تؤدي إلى المساس بالمصلحة الشخصية لأحد المتعاقدين.

¹ الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ع، ع 78، الصادرة في 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975.

إن مصلحة المتعاقدين تعد من بين التحديات الأزلية والمعاصرة التي تواجه نظرية العقد، نتيجة التعارض بينها وبين مصلحة العقد، وإشكالية أي المصلحتين أولى بالرعاية، فهنا كان لزوماً على المشرع أن يتدخل بوضع استثناءات تفرضها حماية مصلحة المتعاقدين، وتفضيلها على حساب القوة الملزمة للعقد، والتضحية بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حينما تصبح هذه الأخيرة وسيلة للإضرار بالمتعاقدين لا وسيلة لحمايته، خاصة في ظل عدم تساوي المراكز القانونية للمتعاقدين، التي تعرف انتشاراً واسعاً في المجتمعات المعاصرة، وما تفرضه قواعد العدالة لحماية الطرف الضعيف في العقد.

وعليه وإن كانت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" هي الأصل الذي يحكم العقد، إلا أنه يرد عليها بعض الاستثناءات، التي فرضتها الظروف التي يمر بها المجتمع، لأن العقد شريعة المتعاقدين باعتبارها قاعدة قانونية مكرسة في معظم التشريعات الحديثة، فإنها تتأثر بالتغيرات التي تطرأ على المجتمع، كما أنه لا يعقل خلود قاعدة قانونية على حالها وعدم تعديلها للأبد، لأن القانون هو وليد المجتمع، والقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية في المقام الأول، ولما كان المجتمع في حركية دائمة وتغير مستمر بفضل العديد من المتغيرات الاقتصادية، السياسية، الثقافية، والتكنولوجية... وغيرها، فإن أمر ورود استثناءات على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" أمر طبيعي ومستساغ خاصة في وقتنا الراهن، الذي يتميز بتطور كبير على كافة الأصعدة، مما ينبغي معه تحيين القواعد القانونية لتلبية متطلبات المجتمع المعاصر.

وأول الاستثناءات الواردة على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" هو جواز انفراد أحد المتعاقدين بتعديل العقد أو إنهائه سواء باتفاق المتعاقدين أو بنص من القانون كمنح سلطة تعديل العقد لأحد طرفيه كما هو الحال في عقد العمل، وثانيها إنهاء العقد بقوة القانون في بعض الحالات كإنهاء عقد الوكالة بوفاة أحد طرفيه، أما ثالثها فهو جواز تعديل العقد من طرف القاضي وهو جوهر دراستنا.

وكما ذكرنا سابقا فإن التغيرات المستمرة التي يمر بها المجتمع من شأنها أن تخلق قواعد قانونية تتلاءم مع ظروفه وتساير أوضاعه، وعليه فقد أملت الظروف الراهنة للمجتمع إعطاء الأولوية للتوازن المالي للعقد على حساب مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وبات موضوع التوازن المالي للعقد يشكل ضرورة قصوى في العقد، كمبدأ فرضته الظروف الاقتصادية الحالية التي تتميز بعدم المساواة بين أطراف العقد، خاصة بظهور العقود النموذجية وعقود الإذعان التي تتميز بإملاء أحد أطراف العقد لشروطه على الطرف الآخر في العقد الذي لا يملك سوى الرضوخ والإذعان لهذه الشروط.

ومراعاة للظروف الاقتصادية التي يمر بها العقد والتي قد ينشأ عنها اختلال في توازنه المالي، فقد منحت التشريعات الحديثة للقاضي المدني سلطة التدخل في العقد، الذي يمنع عليه كأصل عام التدخل فيه بأي شكل من الأشكال احتراماً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك بهدف إعادة توازنه المالي الذي يشكل جوهر كل علاقة تعاقدية.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع الدراسة

تنقسم أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب موضوعية، وأسباب شخصية نبينها كالتالي:

أ. الأسباب الشخصية

- اهتمامنا بالقانون والقضاء المدني ومحاولتنا لتطوير قدراتنا في هذا المجال، وقد شكل نجاحنا في مسابقة الدكتوراه تخصص قانون مدني فرصة ثمينة لتحقيق ذلك.
- محاولتنا الإسهام في البحث في مجال التوازن المالي للعقد بدراسة بسيطة حول الدور الهام الذي يلعبه القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل.

ب. الأسباب الموضوعية

- الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة التي تنبئ بنظرية جديدة للعقد أساسها التوازن المالي للعقد، الذي بدأ يفرض نفسه كضرورة على حساب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
- التعارض الشديد بين مصلحة العقد ومصلحة المتعاقدين، والذي فرضته الظروف الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وغيرها، والذي بات يشكل أكبر التحديات في نظرية العقد.
- الكتابات العديدة التي تطرقت إلى دور القاضي المدني في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد، ومحاولتنا ربط هذا التدخل بإعادة التوازن المالي للعقد.

ثالثا: أهمية الدراسة

تظهر أهمية موضوعنا في الدور الذي يلعبه القاضي في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل أحد الأسباب التي سنتناولها، مراعيًا في ذلك التوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة اجتماعية تتمثل في استقرار العلاقات التعاقدية من خلال احترام القوة الملزمة مجسدة في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومصلحة اقتصادية تتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد المختل، الذي بات يشكل ضرورة ملحة في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة التي تتميز بعدم المساواة بين أطراف العقد في الكثير من الأحيان، مما ينبغي معه توفير حماية للطرف الضعيف في العقد، وإحاطته بالضمانات القانونية قصد تحقيق التوازن بين ما يمنحه وما يحصل عليه في المقابل.

رابعا: أهداف الدراسة

يمكن إجمال أهداف دراسة موضوع دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في النقاط التالية:

- التعرف على أسباب اختلال التوازن المالي للعقد، في مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه.
- حصر مجال تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد
- تبيان سلطة القاضي المدني التقديرية في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد.
- تعداد الوسائل التي في وسع القاضي استخدامها لإعادة التوازن المالي للعقد.
- توضيح طبيعة سلطة القاضي التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد.

خامسا: الدراسات السابقة

لقد تناولت العديد من الدراسات خاصة في الآونة الأخيرة موضوع التوازن المالي للعقد تحت عناوين مختلفة تصب معظمها حول سلطة القاضي في تعديل العقد، فمنهم من تناول التوازن المالي للعقد كموضوع أساسي، ومنهم من تناول دور القاضي في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، إلا أنها تصب في هدف واحد وهو سبل إعادة التوازن المالي للعقد.

وقد اخترنا أربع دراسات سابقة بالنظر لارتباطها الوثيق بموضوع أطروحتنا وهي:

- 1-دراسة الدكتور حميد بن شنيثي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، أطروحة لنيل الدكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1996، قسم الباحث هذه الدراسة لبابين، حيث تناول في الباب الأول مجال استعمال القاضي لسلطته التعديلية، وفي الباب الثاني نظرية السلطة التعديلية للقاضي، وقد توصل الباحث من خلالها إلى أن استعمال القاضي لسلطته التعديلية يكون في حالات استثنائية وفقا لقواعد العدالة، وتتفق هذه الدراسة مع دراستنا في مجال استعمال سلطة القاضي في تعديل العقد، إلا أننا نختلف معها في أننا تناولنا نظرة الميسرة كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد بينما تناولتها هذه الدراسة كمبحث أساسي يتيح للقاضي تعديل العقد في مرحلة تنفيذه.

2-دراسة الدكتور محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني

الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2012، وقد تناولت هذه الدراسة مقارنة لدور القاضي في تعديل العقد بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، حيث قسم الباحث دراسته لباب تمهيدي تناول فيه مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد، وباب أول خصصه لدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه، وباب ثاني تناول فيه دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، وتهدف أساسا إلى بيان مدى قدرة الفقه الإسلامي على الاستجابة لمقتضيات كل عصر وزمان بما يناسبه من أحكام وتشريعات من خلال النظريات والمبادئ التي يعرفها والتي أخذت بها التشريعات الحديثة كنظرية الجوائح ونظرة الميسرة، وقد توصلت هذه الدراسة إلى أن دور القاضي لم يعد سلبيا في مجال المعاملات وأن من شأن تدخل القاضي في العقد الحد من مظاهر التعسف بصفة عامة، وأن سلطة القاضي في الفقه الإسلامي أكثر مرونة مما هي عليه في القانون وذلك استجابة لدواعي العدل والإنصاف، وتلتقي هذه الدراسة مع دراستنا في سلطة القاضي المدني الجزائري في تعديل العقد، وتختلف عنها في أننا ركزنا على كيفية معالجة القانون الوضعي لاختلال التوازن المالي للعقد ودور القاضي المدني في إعادة هذا التوازن استنادا إلى أحكام القانون المدني، ومع ذلك فقد أشرنا خلال دراستنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية خاصة عند تناولنا لنظرية الظروف الطارئة وارتباطها بنظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، وكذلك عند تناولنا لنظرة الميسرة كوسيلة يعتمد عليها القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد وتجنب فسخه.

3- دراسة الدكتور درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2014/2013، تناولت فكرة التوازن العقدي بصفة عامة، حيث ركز على العقود التبادلية، مع التطرق إلى بعض العقود التي تعتبر عرضة لاختلال التوازن المالي للعقد كعقود الاستهلاك، حيث تناول في الباب الأول طبيعة التوازن العقدي، وفي الباب الثاني آليات تحقيق التوازن العقدي، وتوصل الباحث إلى أن مظاهر جهود تحقيق التوازن العقدي تبدو في مرحلتين، مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، وهذا ما نتفق معه إلا أننا نختلف معه في تخصيصنا لدراستنا لعرض أسباب اختلال التوازن المالي للعقد وسبل إعادة هذا التوازن من خلال الدور الهام للقاضي في هذا المجال، ونختلف مع هذه الدراسة في دراستنا للشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه.

4- دراسة الدكتورة فايزة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2019/2018، تناولت هذه الدراسة في الباب الأول مضمون وحدود القوة الملزمة للعقد، وفي الباب الثاني الأساس القانوني لسلطات القاضي في إعادة التوازن العقدي، وتوصلت الباحثة إلى أن تدخل القاضي في العقد هو استثناء من "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين" استوجبه مختلف التطورات التي يعرفها المجتمع، إلا أن سلطته في التدخل في العقد يجب أن تكون ضمن حدود يضعها المشرع لكي لا يمس هذا التدخل بالأمن التعاقدية، وتتفق مع دراستنا في تقسيمها لسلطة القاضي إزاء العقد إلى مرحلتين، مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، إلا أننا نختلف معها في معالجتها لنظرة الميسرة كمبحث يتناول سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد بعد تناولها لسلطة القاضي

في تعديل الشرط الجزائي، ما يؤدي إلى القول أنه سبب لاختلال التوازن العقدي كالشرط الجزائي، بينما تناولنا سلطة القاضي في منح الأجل أو نظرة الميسرة كوسيلة ضمن الوسائل الممنوحة للقاضي لإعادة التوازن المالي للعقد عند معالجتنا للظروف الطارئة والشرط الجزائي.

سادسا: صعوبات الدراسة

إن البحث العلمي هو طريق حب المعرفة وتعلم كيفية التفكير السليم، وبانتهاجه يتعلم الباحث الصبر والتواضع، وهو طريق شاق وحلو في نفس الوقت، وكأي باحث فقد واجهتنا بعض الصعوبات في إنجاز هذه الأطروحة المتواضعة، حيث أنه قد صادفنا أن العديد من الدراسات قد أنجزت في هذا المجال ما جعلنا نحاول جاهدين معالجة هذا الموضوع بطريقتنا الخاصة ومن زاوية مختلفة عن باقي الدراسات.

سابعا: الإشكالية

إن العقد هو قانون المتعاقدين ولا يجوز لأي كان التدخل فيه سواء بالنقض أو التعديل، وهذا كأصل عام، غير أن المشرع منح سلطة تعديل العقد للقاضي استثناء خاصة في حالة اختلال التوازن المالي بين طرفيه، وعليه تقوم إشكالية دراستنا:

ما مدى سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي بالإجابة عليها نكون قد أجبنا على الإشكالية الرئيسية.

- ما طبيعة دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه؟

- ما طبيعة دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه؟

ثامنا: مناهج الدراسة:

اتبعنا خلال دراستنا المنهج التحليلي كمنهج رئيسي، وذلك لما تتطلبه دراستنا من تحليل ومناقشة ونقد للمواد القانونية والآراء الفقهية.

كما استعنا بمناهج أخرى بصفة ثانوية، فاستعنا بالمنهج الوصفي لتحليل وتحديد أسباب ظاهرة اختلال التوازن المالي للعقد، والمنهج التاريخي لتبيان الأصول التاريخية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري وانتقالها إلى القانون المدني، وتطور نظرية الغبن المجرد إلى نظرية الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، كما حاولنا المقارنة بين التشريعات المختلفة في تحديدها لمدى تدخل القاضي المدني في العقد، ودوره في إعادة التوازن المالي للعقد وطبيعة سلطته التقديرية إزاء كل ذلك.

تاسعا: خطة الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا هذه الدراسة إلى مقدمة وبابين وخاتمة تتضمن مختلف النتائج والاقتراحات.

حيث تناولنا في (الباب الأول) دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة إبرام العقد، وقد قسمناه إلى فصلين خصصنا (الفصل الأول) لاختلال التوازن المالي للعقد بسبب الغبن والاستغلال، وخصصنا (الفصل الثاني) لاختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

أما (الباب الثاني) فقد تناولنا فيه دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذ العقد، وقد تضمن بدوره فصلين، تناولنا في (الفصل الأول) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة، بينما تناولنا في (الفصل الثاني) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشرط الجزائي.

الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد

إن مرحلة تكوين العقد هي مرحلة جد حساسة، فخلالها يقرر الشخص بإلزام نفسه بالعقد وما يترتب عليه من آثار، وتصبح ذمته مثقلة بدين بعد أن كانت بريئة وخالية من أي التزام، وفي المقابل يترتب حق شخصي لشخص آخر، ويكون لهذا الأخير سلطة إجباره على تنفيذ التزامه.

وخلال هذه المرحلة يتم توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه، وفيها يتم الاتفاق على شروط العقد وترتيب آثاره، وخلالها يسعى كل متعاقد إلى الحصول على مقابل مساو لما أعطاه، وعلى العموم تتميز هذه المرحلة بالتوازن المالي للعقد بين ما يمنحه المتعاقد وما يحصل عليه، لأنه لا يعقل أن يوافق شخص على إبرام عقد يتسبب له بالخسارة.

وإذا كان الأصل سلامة الإرادة حين إبرامها للعقد وحدث التوافق بينها وبين إرادة أخرى، فإن هذه الإرادة معرضة للإصابة بأحد العيوب التي حددها المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة بأربعة عيوب هي: الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال، هذا العيب الأخير من شأنه أن يخل بالتوازن المالي للعقد أثناء إبرامه، بسبب استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر لحمله على إبرام عقد تنتج عنه خسارة له.

كما أن مجرد التفاوت المادي أو ما يصطلح عليه بالغبن المجرد في بعض العقود المحددة حصرا في التشريع المدني الجزائري، في عقدي بيع العقار والقسمة الرضائية يعد سببا لاختلال التوازن المالي للعقد.

أيضا عقود الإذعان التي فرضتها الظروف الاقتصادية الحديثة، تعد مجالا واسعا لاختلال التوازن المالي للعقد، ويرجع السبب في ذلك للشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف القوي في هذه العقود على الطرف الضعيف، الذي خلافا للقواعد العامة في التعاقد، يرضخ لشروط المتعاقد الأقوى ويدعن لها، دون أن يملك الحق في مناقشة هذه الشروط أو التفاوض بشأنها.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في (الفصل الأول) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الغبن والاستغلال، وذلك بسبب الترابط الشديد بين نظريتي الغبن والاستغلال، ونعالج في (الفصل الثاني) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

الفصل الأول: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الغبن والاستغلال

يسعى كل متعاقد أثناء إنشاء العقد أن تكون التزاماته مساوية لالتزامات الطرف الآخر في العقد، إلا أن تحقيق هذا الأمر مستحيل، لأن كل صفقة فيها رابح وخاسر مهما كانت قيمة هذا الربح أو تلك الخسارة ضئيلة، أو بالأحرى هناك من يربح أكثر في العقد بالرغم من تحري كلا المتعاقدين ألا يزيد أداءه عن أداء الطرف الآخر في العقد.

وإذا كان التفاوت الطفيف بين أداءات المتعاقدين أمرا عاديا وشائعا ومقبولا في المجال التعاقدي، ولا يمكن تفاديه بأي حال من الأحوال، وعادة ما تغض عنه الأبصار لأن هذا التفاوت اليسير ليس من شأنه أن يخل بالتوازن المالي للعقد الذي يتحراه المتعاقدان، فإن الأمر يختلف إذا كان هذا التفاوت ظاهرا أو بالأحرى فاحشا فهنا يختلف الأمر، لأن التفاوت الفاحش يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

وخلافا للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تمنع تدخل القاضي في العقد باعتباره أجنبيا عنه، فإن اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تفاوت أداءات المتعاقدين يعد أمرا يستدعي تدخل القاضي لإعادة هذا التوازن، سواء كان سبب هذا التفاوت ماديا بحتا، يرجع في تقديره للتفاوت المادي فقط بين التزامات المتعاقدين ولا يهتم بالقيمة الشخصية للشيء من منظور المتعاقد المغبون، وهو ما يعبر عنه بالغبن المجرد الذي يعمل به استثناء في بعض العقود، بخلاف النوع الثاني من الغبن الذي تطور من خلال نظرية الغبن المجرد ليكون نظرية نفسية للغبن سميت بنظرية الاستغلال، فهذه الأخيرة زيادة على التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين، فإنه يعتد فيها بالظروف النفسية للمتعاقد والقيمة الشخصية للشيء محل العقد.

وعليه سنتناول الغبن والاستغلال كسببين لاختلال التوازن المالي للعقد من خلال بحثين، نتطرق في (المبحث الأول) إلى مفهوم كل من الغبن والاستغلال والتمييز بينهما،

الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد

وفي (المبحث الثاني) ندرس سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن والاستغلال.

المبحث الأول: مفهوم الغبن والاستغلال والتمييز بينهما

يقع الكثير من طلبة ودارسي الحقوق في الخلط بين نظريتي الغبن والاستغلال، لمجرد أنه يترتب عن كليهما تفاوت مادي بين ما يمنحه المتعاقد وما يحصل عليه في المقابل، إلا أنهما نظامان مختلفان ولا يكادان يشتركان إلا في هذه النقطة المتعلقة بالتفاوت المادي، ويبرز الفرق بينهما في الاعتبار الشخصي للمتعاقد في نظام الاستغلال الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة، وكذا بالمعيار الشخصي أو النفسي الذي يقاس به الاستغلال، بخلاف نظام الغبن الذي يعتد فيه فقط بالتفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين دون أي اعتبار لشخص المتعاقد أو قيمة الشيء محل العقد لديه.

وعليه ارتأينا تناول دراسة كل من نظريتي الغبن والاستغلال ورفع اللبس عنهما من خلال التعرض لمفهوميهما والتمييز بينهما، حيث تطرقنا في (المطلب الأول) لمفهوم الغبن والاستغلال، ثم في (المطلب الثاني) للتمييز بين نظريتي الغبن والاستغلال.

المطلب الأول: مفهوم الغبن والاستغلال

يعد كل من الغبن والاستغلال من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد، ويستدعي إعمال القاضي لسلطته التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعلهما إمامه الكافي بالمفاهيم المختلفة لهذين النظامين، وذلك للتمكن من تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بكل نظام دون الوقوع في الخلط بينهما، باعتبارهما نظامين نتج أحدهما عن تطور الآخر.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، أحدهما خاص بتعريف الغبن وصوره (الفرع الأول)، والثاني سنخصصه لتعريف الاستغلال وعناصره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الغبن وصوره

تستدعي دراسة الغبن الإحاطة بتعريفه، والتطرق إلى صورته لأن الغبن المجرد كنظام قانوني أصبح عبارة عن بعض التطبيقات الحصرية في التشريعات الحديثة، حيث ينحصر تطبيقه على بعض العقود فقط في بعض التشريعات، وفي تشريعات أخرى ينحصر تطبيقه على بعض الأشخاص، ومنها من يخلط بين هذا وذاك.

وعليه نقسم هذا الفرع إلى تعريف الغبن (أولاً)، ثم صور الغبن المجرد من الاستغلال (ثانياً).

أولاً: تعريف الغبن

أبسط ما يمكن أن يقال عن الغبن **La lésion** أنه المظهر المادي للاستغلال¹، فبالرغم من أسبقية ظهور نظام الغبن عن نظيره الاستغلال، إلا أن معظم المراجع القانونية تعرفه بأنه المظهر المادي للاستغلال ويرجع ذلك لسببين، أولهما دراسة القانونيين للاستغلال قبل الغبن باعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، وثانيهما تطور نظرية الاستغلال النفسية على أنقاض نظرية الغبن المجرد، وحصر مجال هذا الأخير على بضع حالات محددة على سبيل الحصر في معظم التشريعات الحديثة.

ولما كان أساس العقد هو العدالة، أو ما يعرف بالعدالة العقدية، وهي عدالة ذات طابع فني، أساسها التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة التي تتسجم مع طبيعة العقد، لا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، ج 1، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر-، 2004، ص 291.

الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد

وفقا للمثالية الشخصية التي توصف بأنها فكرة واسعة ونسبية ومتغيرة، باختلاف الظروف والأشخاص والحالات ويصعب ضبطها بمعيار محدد.¹

وإذا كانت الوظيفة الرئيسية للعقد أنه يشكل أداة لتبادل الأموال والخدمات، فإنه خاضع للعدالة التبادلية،² التي مفادها أن يتحصل المتعاقد على مقابل عادل لما أعطاه، وهذا هو أساس التوازن المالي للعقد.³

وعليه فانطلاقاً من فكريتي العدالة التعاقدية والعدالة التبادلية، فإن الغبن يشكل إحدى حالات اختلال التوازن المالي للعقد، لأنه يخلق فجوة مالية كبيرة بين ما يؤديه المتعاقد وما يتحصل عليه في المقابل.

ويعرف الغبن بأنه: "الضرر الناتج عن التفاوت بين قيمة الأداءات المتبادلة"،⁴ فهو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه بموجب العقد،⁵ وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين، كمن يبيع شيئاً بنصف قيمته، فالمعيار في الغبن يتسم بالطابع المادي

¹ رياض أحمد عبد الغفور و شروق عباس فاضل، "دور العدالة في تكميل العقد"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 13، ديسمبر 2019، الجزائر، ص 9.

² **العدالة التبادلية**: هي عدالة تسود علاقات الأفراد وتعاملاتهم، وتقتضي أنه يحق لكل طرف في هذه العلاقة أن يتسلم عوضاً مكافئاً ومعادلاً وموازناً لما أعطى، وتسمى كذلك بالعدالة التصحيحية لأن مهمتها تصحيح الاختلال في الذمم المالية الناتج عن انتقال الأموال من ذمة إلى أخرى. انظر في ذلك: رياض أحمد عبد الغفور و شروق عباس فاضل، المرجع نفسه، ص 8.

³ جاك غيستان، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون المدني - تكوين العقد -، ط 2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان -، 2008، ص 258.

⁴ علي فيلالي، العقود الخاصة (البيع)، د ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2018، ص 166.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان -، 1998، ص 446، و محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 187.

البحث،¹ وهذا معناه أن الغبن له طابع موضوعي، يتمثل في أن التزام أحد طرفي العقد باهظ بالمقارنة مع التزام الطرف الآخر، وهذا قد يترجم بالثمن غير الكافي أو الثمن المبالغ فيه.²

وعرفه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي بأنه: "الخسارة المالية التي تلحق أحد المتعاقدين، في عقود المعاوضات، نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه"،³ وبهذا المعنى فإن الغبن يتم تقييمه بالتفاوت بين ما يقدمه المتعاقد وما يحصل عليه في المقابل، ويقتصر مجاله على عقود المعاوضات فقط دون عقود التبرع والعقود الاحتمالية.

كما عرفه الأستاذ علي الخفيف بأنه: "عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين في عقود المعاوضات عما يخرجها عن مألوف الناس في مبادلاتهم"،⁴ ويتفق هذا الأخير مع التعريف السابق في مجال الغبن المادي ألا وهي عقود المعاوضات، ويزيد عنه في أن الغبن هو تفاوت غير مألوف بين الناس في معاملاتهم، لأن العقود لا يمكن أن تخلو من التفاوت المادي بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه، إلا أن التفاوت المعتبر غبنا هو ما كان غير مألوف بين الناس، أي يزيد عن الحد المألوف بينهم في مبادلاتهم.

ويرى الدكتور العربي بلحاج أنه: "اختلال في التوازن الاقتصادي بين مساهمات الأطراف التعاقدية، يتعلق بالعقد أثناء قيامه وليس خلال تنفيذه، وهو بهذا المعنى الخسارة الفادحة التي تلحق بأحد المتعاقدين في ذلك العقد، وبهذا يعتبر في الحقيقة المظهر المادي

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 187.

² L.Perallat et M.Bouaiche, Droit civil-obligation-, office des publications universitaires, Alger, 1980, p 28.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة -دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي-، الكتاب الأول، د د ن، مصر، 1984، ص 402.

⁴ أشار إليه: رياض حسين أبو سعيدة، "القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن"، مجلة الكوفة، المؤتمر العلمي الثاني، عدد خاص، د س ن، العراق، ص 47.

للاستغلال"¹، فمجال الغبن يقتصر على الخسارة المالية الفادحة فقط، ويؤكد هذا القول أن معظم التشريعات الحديثة² التي أخذت بنظرية الغبن المادي المجرد من الاستغلال قد حددت نسبة مئوية معتبرة من قيمة الشيء محل العقد كمعيار لقياس قيمة الغبن الذي يخول صاحب المصلحة أي المغبون حق رفع دعوى تكملة الثمن، وهذا لتجنب القضاء الخوض في دعاوى ذات قيمة تافهة.

ولأن التفاوت المادي بين ما يؤديه المتعاقد وما يحصل عليه هو أمر شائع، فالتعادل العقدي الحقيقي هو أمر صعب المنال ومستحيل التحقيق، كما أن التفاوت اليسير حتى وإن كان ظاهراً فهو غير معمول به في مجال نظرية الغبن، لأنه لو فتح مجال أعمال نظرية الغبن على أي تفاوت مادي مهما كانت قيمته بين أداءات المتعاقدين لتزعزعت المراكز القانونية للأفراد ولما استقرت المعاملات بين الناس، ولكانت أكثر العقود عرضة للإبطال، أما التفاوت الفاحش فهو صميم نظرية الغبن، لأنه يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد أثناء إنشائه.

فالغبن هو عيب في العقد مستقل عن عيوب الإرادة، يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له حتى لو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة، وهو لا يتحقق إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً³، لأن معياره هو معيار مادي بحت، ولا يدخل لحسابه الظروف النفسية للمتعاقد كعيوب الإرادة، ولا يمكن إعماله إلا استثناءً في عقود معينة كبيع العقار في

¹ العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) -دراسة مقارنة-، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 254.

² الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق، المواد 358 و 732، القانون المدني المصري المادة 425، القانون المدني الفرنسي المادة 889.

³ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، د ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت -لبنان-، 1974، ص 286-287.

القانون المدني الجزائري، أو اتجاه أشخاص معينين كما في حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية في القانون المدني المصري.

ولأن معيار الغبن مادي بحت فإنه لا يعتد لإعمال نظرية الغبن علم أو جهل الطرف المغبون به عند التعاقد، ويؤكد ذلك قرار المحكمة العليا رقم 249694 بتاريخ 2001/06/20 الذي جاء فيه: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف قد جعلوا أساسا لقضائهم برفض دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة الثمن بسبب الغبن كون هذا الأخير كان يعلم وقت إبرام عقد البيع الثمن الحقيقي للعقار المبيع، وخط هؤلاء بين دعوى تكملة الثمن المنصوص عليها بالمادة 358 وما يليها من القانون المدني، ودعوى الاستغلال المنصوص عليها بالمادة 90 من نفس القانون، ذلك أن البائع في دعوى الغبن ليس مطالباً بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش أو إكراه، بل يكفي أن يثبت توافر شروط الغبن فتقبل دعواه، لأن الغبن أساسه مادي والاستغلال أساسه شخصي، إذ أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص في الأهلية وإنما ترجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن".¹

وبالرجوع لمختلف التشريعات الحديثة نجد أنها لم تتبن نظرية عامة في الغبن باعتباره خلافاً في التوازن الاقتصادي بين طرفي العلاقة التعاقدية يجب معالجته بمعزل عن عيوب الإرادة التي تحظى كل منها بنظرية مستقلة،² كما أنها لم تعرف الغبن، وهذا أمر طبيعي لكون عملية تعريف المصطلحات القانونية من اختصاص الفقه، واقتصار التشريع على النص على الأحكام التي تنظمها، وبالرغم من ذلك نجد قانون الموجبات اللبناني ينص في

¹ قرار المحكمة العليا رقم 249694 بتاريخ 2001/06/20، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، ع 01، الجزائر، 2002، ص 159.

² عزيز كاظم جبر الخفاجي، "الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع 01، جامعة الكوفة - كلية القانون، ب.س.ن، ص 17.

المادة 213 منه على أن: (الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض)¹، وبذلك يتفق المشرع اللبناني مع الفقه في تعريف الغبن من حيث أنه تفاوت مالي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد بسبب عدم التعادل بين ما يؤديه أحد المتعاقدين وما يحصل عليه في المقابل، كما يحصر مجاله في عقود المعاوضة فقط.

أما المادة 214 من قانون الموجبات اللبناني فقد نصت على أنه: (إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون. ويكون الأمر خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية:

1) إذا كان المغبون قاصراً.

2) إذا كان المغبون راشداً وكان للغبن خاصتان:

الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة.

والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون.

ويمكن إلى الدرجة المعينة فيما تقدم، إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن).

إذاً فإن المشرع اللبناني يتفق مع الفقه أيضاً بنصه صراحة على أن الغبن ليس عيباً في الإرادة، ولا يفسد رضا الطرف المغبون في الأساس، إلا أنه جعل العقد قابلاً للإبطال بسبب الغبن استثناءً في أحوال معينة حصرها في الشرطة 1 من المادة 214 منه، التي قصرت مجال الغبن المجرد في التفاوت المالي الذي يكون طرفه قاصراً، فالغبن المجرد طبقاً لقانون الموجبات اللبناني لا يلحق سوى تصرف القاصر مهما كان نوع هذا التصرف، ومهما بلغ حجم التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين.

¹ قانون - صادر في 1932/03/09، قانون الموجبات اللبناني، <http://www.e-lawyerassistance.com>

ولأن نظرية الاستغلال قد تطورت على أنقاض نظرية الغبن، كما سنوضحه لاحقا فقد تبنت معظم التشريعات الحديثة نظرية الغبن على سبيل الاستثناء في حالات محددة قانونا على سبيل الحصر، والقانون المدني الجزائري كغيره من التشريعات لم يشذ عن هذه القاعدة، حيث أنه لم يأخذ بالغبن المجرد كعيب في الإرادة، وإنما أخذ به على سبيل الحصر في حالتين فقط هما الغبن في بيع العقار، والغبن في القسمة الرضائية، حيث سنتناولهما بالتفصيل لاحقا عند الحديث عن صور الغبن المجرد.

أما الفقهاء المسلمون فيفرون بين الغبن اليسير والفاحش، فأما اليسير فيشمل ما يدخل تحت تقويم أهل الخبرة بأسعار السوق، فإذا اشترى شخص شيئا بمائة ألف وعرضه على الخبراء فقومه أحدهم بتسعين ألف و قومه آخرون بمائة ألف، فهذا الغبن يسير لأن الخبراء استطاعوا تقدير قيمته، وحكمه أنه لا يؤثر في صحة العقود باتفاق الفقهاء، لأنه كثيرا ما يقع كثيرا في المعاملات ويتسامح فيه الناس، لأن المتعاقد مهما حاول الاحتراز لا يستطيع أن يتفاداه في جميع عقود، أما الغبن الفاحش فهو الغبن الذي لا يدخل تحت تقويم أهل الخبرة كأن يشتري شخص شيئا بمائة ألف دينار، ثم يعرضه على متخصصين فيقدرونه بأثمان لا تصل إلى المائة ألف، كأن يحدده البعض بستين ألف، وآخرون بثمانين ألف، فإن هذا الغبن يعتبر فاحشا لأن ثمن الشراء وهو مائة ألف دينار لم يدخل تحت تقويم أي أحد من الخبراء الذين عرض عليهم،¹ وحكمه قد اختلف فيه بين أربعة اتجاهات.

¹ محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، أطروحة

دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص 291-293.

فذهب فقهاء الحنابلة إلى أن الغبن الفاحش لا يؤثر في صحة العقد إلا في ثلاث حالات هي: (تلقى الركبان،¹ النجش،² والمسترسل³)، وهو ما يتفق مع رأي المالكية باستثناء بيع المسترسل الذي لم نجد له ذكرا في صحيح مسلم، كما أنهم أضافوا بيع حاضر لباد وبيع التصرية طبقا لحديث يحيى بن يحيى قال: قرأت على مالك عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: ((لا يتلقى الركبان لبيع، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تتاجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل الغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)).⁴

أما فقهاء الشافعية فقد ذهبوا إلى أن الغبن لا يؤثر في لزوم العقد، وبالتالي فإنهم منعوا الطرف المغبون من حق فسخ العقد حتى ولو كان الغبن حصيلة تغيير، وقد عللوا رأيهم بأن عقود المعاوضات هي موضع الغبن بطبيعتها، وأنها لازمة في أصلها، وأن الطرف الذي يدعي الغبن كان عليه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة، ولو قام بها لما لحقه غبن، بينما فقهاء الحنفية فقد اتخذوا موقفا وسطا، فأجازوا للطرف المغبون حق فسخ العقد،

¹ تلقي الركبان: هو الخروج من البلد التي يجلب إليها الأقوات أو السلع لملاقاة أصحابها القادمين لبيعها أو لشراؤها منهم قبل أن يبلغوا السوق، ويعرفوا سعر السوق، أورده: يوسف أحمد عمر سعيد، أحكام بيع تلقي الركبان، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 5، العدد 32، الإسكندرية - مصر -، د س ن، ص 259.

² النجش: وهو أن يريد البائع البيع، فيندب إنسان نفسه للزيادة في البيع، وهو لا يريد الشراء، ولكن لكي يغتر غيره، فيزيد بزيادته، أورده: عبد الحفيظ فرغلي علي القرني، سلسلة الدين المعاملة: البيوع في الإسلام، دار الصحوة للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة - مصر -، 1987، ص 110.

³ المسترسل: الاسترسال ويطلق عليه الاستئمان أو الاستسلام، وهو الشخص الذي يجهل قيمة الأشياء ولا يحسن المساومة والتفاوض في إبرام العقود، ويقدم على الشراء بسبب اطمئنانه إلى أمانة البائع، فإذا غبن غبنا فاحشا، فيثبت له حق خيار الفسخ، أورده: محمد حبار، المرجع السابق، ص 293.

⁴ الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج1، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، 261هـ - ص 1155.

في حالة ما إذا كان الغبن حصيلة تغير سواء حصل هذا التغير من المتعاقد أم من الغير، أما إذا لم تتوافر حالة التغير فإن الطرف المغبون لا يتمتع بحق طلب الفسخ، وهذا الرأي هو الذي نال تأييد الفقه الحديث.¹

ومما تقدم من تعريفات توصلنا إلى أن الغبن المجرد يتميز بالعديد من الخصائص نوجزها في الآتي:

1- الغبن هو عيب في العقد وليس عيباً في الإرادة، وعليه يؤخذ به حتى ولو كانت الإرادة سليمة.

2- يقتصر مجال الغبن على عقود المعاوضة غير الاحتمالية، أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن العقود الاحتمالية تقتضي بطبيعتها وقوع الغبن على أحد المتعاقدين، ولأن عقود التبرع يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل في هذا الوقت، ولا عبء بتغير القيم بعد ذلك.

3- يعتد في الغبن بالخسارة المالية الفادحة فقط وليس أي تفاوت بين ما يؤديه المتعاقد وما يحصل عليه يعد غبناً، وقد عمدت التشريعات التي أخذت بنظام الغبن إلى تحديد نسبة معينة يرجع إليها لتحديد قيمة الغبن، فإن قلت نسبة الخسارة عنها لا نكون أمام غبن، وعلى سبيل المثال حدد المشرع الجزائري نسبة الغبن في بيع العقار بخمس 5/1 قيمة العقار، فإن قلت نسبة الخسارة عن الخمس ولو بقليل لا نكون بصدد غبن.

4- معيار قياس الغبن هو معيار مادي بحت¹، أي أنه لا يعتد بنفسية المتعاقد مطلقاً، فحتى لو كان رضاؤه سليماً وكان قد رضي بإبرام العقد المضر به فإن نظرية العقد

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 293.

تشمله، كما أن قيمة الشيء بالنسبة للمتعاقد لا تعني شيئاً في نظرية الغبن، فقد لا يكون محل العقد كالمبيع مثلاً ذو قيمة بالنسبة للمتعاقد، لكنه مع ذلك يستفيد من دعوى تكملة الثمن، لأنها قاعدة عامة تنطبق بتوافر شروطها.

5- الغبن لا يمكن الكلام عنه إلا عند إنشاء العقد، فينظر إلى تعادل أداءات المتعاقدين في هذا الوقت،² وفي ذلك قال الفقهاء المسلمون من مذهب المالكية بأن الغبن بيع الشيء بأقل مما يساويه وقت البيع، وعليه فإن الزمن الذي يعتد به في تقدير الغبن طبقاً للفقهاء المالكية هو وقت إبرام العقد،³ وهو نفس المعيار الذي أخذت به التشريعات الحديثة، التي جعلت من الغبن سبباً لاختلال التوازن المالي للعقد أثناء تكوينه، أما إذا زاد ثمن المبيع فيما بعد ولو بوقت يسير فلا يمكن للمتعاقد أن يتمسك بالغبن لإبطال العقد، حيث أن قياس مقدار الغبن يكون بقيمة الالتزامات المتقابلة وقت إبرام العقد ولا يكون لزيادة الثمن بعد ذلك أي اعتبار.

ثانياً: صور الغبن المجرد عن الاستغلال

بالرغم من اتفاق معظم التشريعات المقارنة على عدم اعتبار الغبن المجرد كعيب في الإرادة، وأنه عيب مستقل في العقد له طابع مادي بحت، إلا أنها قد أخذت به كسبب لاختلال التوازن المالي للعقد عند تكوينه حماية للطرف الضعيف في العقد، وذلك في حالات

¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، المرجع السابق، ص 314. وإدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 96.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ط2، ج1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 202.

³ عثمان ميرغني علي بلال، عقود البيع الممنوعة في القانون المدني اليمني -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2013، ص 287.

معينة كاستثناء لا يجوز التوسع فيه، فقامت بعضها بتطبيقه استثناء على بعض العقود فقط وبشروط خاصة، بينما حصرت بعضها تطبيقه على أشخاص معينين، ومنها من مزجت بين هذا وذاك.

1. الغبن في التشريعات المقارنة

نص المشرع المدني المصري صراحة على الغبن في حالتين هما بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية طبقاً للمادة 425 ق.م.م التي تنص على أنه: (إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس 5/1 فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)¹، فالمشرع المصري في المادة 425 السالفة الذكر قد اشترط في الغبن نوعاً معيناً من العقود وهو عقد بيع العقار، كما اشترط لإعماله فئة معينة من الأشخاص وهي القصر.

والقسمة بالتراضي بموجب المادة 1/845 منه التي تنص على أنه: (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة)².

بالإضافة إلى ثلاث صور أخرى هي الفائدة في المادة 227 من ق.م.م، والشركات في المادة 1/515 منه، وأجر الوكيل في المادة 2/709 منه.³

¹ القانون رقم 131 لسنة 1948، بشأن إصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 1948/07/29، أنظر الموقع: <https://www.wipo.int>, consulté le 10/01/2019, à 13.30.

² القانون المدني المصري، المرجع السابق.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 315. وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني -، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان -، 1983، ص 120.

وحصر المشرع اللبناني تطبيق الغبن على حالتين، أولهما في الشرطة الأولى من المادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني،¹ وبموجبها تكون قابلة للبطلان لمصلحة القاصر جميع التصرفات التي يصدرها هذا الأخير بما فيها العقود أيا كان نوعها.

وثانيهما تتمثل في الفائدة، فلا يجوز الاتفاق على فائدة يزيد سعرها في الديون المدنية على 9%، وذلك فيما عدا الديون المضمونة برهون عقارية حيث يكون الحد الأقصى لسعر الفائدة 12% بموجب القرار رقم 1329 الصادر في 10 آذار سنة 1925، فإذا وقع مثل هذا الاتفاق تعين خفض الفائدة إلى الحد المقرر ورد ما دفع زائداً على هذا القدر.²

وحصر القانون المدني الأردني تطبيق الغبن الفاحش غير المقترن بالتغريب في حالتين بموجب المادة 149 منه التي تنص على أنه: (لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغريب إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة)³، الأولى إذا تعلق الغبن الفاحش بمال المحجور عليه بسبب الصغر أو الجنون أو العته أو السفه، والثانية إذا تعلق الغبن الفاحش بمال الوقف أو مال الدولة.⁴

¹ المادة 214 قانون الموجبات اللبناني: (إن الغبن لا يفسد رضا المغبون. ويكون الأمر خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية:

1- إذا كان المغبون قاصراً....)، القانون-صادر في 1932/03/09، قانون الموجبات اللبناني، أنظر الموقع:

<http://www.e-lawyerassistance.com>, consulté le 01/10/2020.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، المرجع السابق، ص 120-121، وعبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 315.

³ القانون رقم 43، القانون المدني الأردني، لسنة 1976،

<https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments/> , consulté le 08/04/2021 à 18.04.

⁴ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات -دراسة مقارنة-)، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 197-198.

أما المشرع التونسي فقد نص على حالة وحيدة يجوز فيها للمتعاقد طلب فسخ العقد - والأصح طلب إبطاله¹ بسبب الغبن المجرد من الاستغلال، وهي إذا كان المتعاقد قاصرا أو ليس له أهلية التصرف، وحدد نسبة التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين بأكثر من الثلث، طبقا للفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية وذلك بقولها: (الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا، أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا، ولو لم يقع التغير من متعاقده الآخر، والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث)²، وهو نفس ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.³

وحصر المشرع الفرنسي أعمال نظرية الغبن في القسمة بموجب المواد 889-892 ق.م.ف، حيث تنص المادة 889 منه على أنه: (إذا أثبت أحد المقاسمين أنه تعرض لغبن يزيد عن الربع 4/1، يتم إتمام نصيبه بناء على اختيار المدعى عليه، إما نقدا أو عينا.

¹ الفسخ: هو جزاء يلحق العقد الصحيح الذي استوفى أركان العقد وشروطه، يترتب عن إخلال المتعاقد بأحد التزاماته العقدية.

نلاحظ أن المشرع التونسي استخدم مصطلح "الفسخ"، بدلا من المصطلح المعتمد في التشريعات المقارنة وأبرزها الجزائري والمصري والفرنسي وهو "البطلان" أو بالأحرى "القابلية للإبطال"، لأن العقد المشوب بعيب يجيز للمتعاقد طلب إبطال العقد وليس فسخه، كما أننا نلاحظ أن المشرع التونسي في الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية نص على أن: (الرضا الصادر عن غلط أو عن تغير أو عن إكراه يقبل الإبطال)، إلا أنه في المواد الموالية ظل ينص على أن العقد يفسخ بسبب الغلط أو الإكراه أو التغير، وحتى الغبن المجرد من الاستغلال الذي هو عيب في العقد وليس عيبا في الرضا.

² مجلة الالتزامات والعقود التونسية، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، مصادق عليه بموجب قانون عدد 87 لسنة 2005، مؤرخ في 15 أوت 2005، أنظر الموقع:

<https://www.justice.gov.tn>, consulté le 10/09/2020, à 18.00.

³ قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينة 11 يناير 2021، أنظر الموقع:

<https://adala.justice.gov.ma>, consulté le 02/03/2021, à 20.30.

الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد

ولتقدير ما إذا كان هناك غبن يرجع تقدير قيمة الأشياء إلى وقت القسمة. تتقدم دعوى تكملة القسمة بسنتين يبدأ حسابها من تاريخ القسمة¹.

وبيع العقار في المواد 1674-1685 ق.م.ف، حيث تنص المادة 1674 على أنه: (إذا كان البائع قد أصابه غبن بأكثر من سبعة على اثني عشر 12/7 من ثمن العقار، فله الحق في طلب فسخ البيع، حتى وإن تنازل صراحة في العقد عن حق طلب هذا الفسخ، وأعلن عن التنازل عن هذا الفائض)²، والمادة 1706 ق.م.ف التي تستبعد صراحة تطبيق أحكام الغبن المجرد على عقد المقايضة بقولها: (النقض بسبب الغبن لا يتم في عقد المقايضة)³.

إضافة إلى جميع التصرفات الصادرة من القاصر في المادة 1/1149 ق.م.ف التي تنص على أنه: (التصرفات المبرمة من طرف القاصر يمكن إبطالها بسبب الغبن البسيط، ومع ذلك لا يمكن أن تكون محلاً للإبطال إذا كان الغبن ناتجاً عن ظرف غير متوقع)⁴,

¹Art 889 : (Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage

L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage), code civil français, en vigueur depuis 15 mars 1803, version 01 aout 2020, voir le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/>, consulté le 18/09/2020.

² Art 1674 : (Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value), code civil français, Op-Cit.

³Art 1706 : (La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange), Ibid.

⁴ Art 1149 : (Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible), Ibid.

وعليه فإن جميع التصرفات التي يبرمها القاصر تكون قابلة للإبطال لمصلحته بسبب الغبن البسيط، ويستثنى من ذلك إذا كان الغبن ناتجا عن ظرف غير متوقع، نتيجة لظروف خارجية لم يكن المتعاقد الآخر على علم بها أو ليتوقعها أثناء إبرام العقد، كما لو أن الغبن الذي وقع فيه القاصر كان بسبب عمل الغير، أما الظروف المتوقعة كعدم خبرة القاصر وخفته فلا تعد ظروفًا غير متوقعة.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد استبعدت محكمة النقض من حيث المبدأ أعمال نظرية الغبن في العقود غير المنظمة بأحكام خاصة، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد أخذ في بعض الحالات بإبطال العقد للغبن خارج أحكام القانون المدني في مادة القسمة إلى عقود مشابهة.¹

2. الغبن في التشريع الجزائري

نصت المادة 91 ق.م.ج على أنه: (يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود)، وعليه تحيلنا المادة 90 ق.م.ج المتعلقة أصلا بعيب الاستغلال، إلى النصوص القانونية المتعلقة بالغبن المجرد والواردة في أحكام متفرقة من القانون المدني الجزائري، وهي المادة 358 ق.م.ج المتعلقة بالغبن في بيع العقار، والمادة 732 ق.م.ج المتعلقة بالغبن في القسمة الرضائية.

وعليه فقد حصر المشرع المدني الجزائري الغبن المجرد من الاستغلال صراحة في حالتين أو بالأحرى على عقدين، على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فيها، وهما حالة الغبن في بيع العقار، وحالة الغبن في القسمة الرضائية.²

¹ جاك غيستان، المرجع السابق، ص 864-865.

² حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص 27.

أما عقد المقايضة فخلافا للمشرع الفرنسي في المادة 1706 ق.م.ف السالفة الذكر، لم يبين المشرع الجزائري بنص صريح سريان أحكام الغبن عليه أم لا، ما عدا نص المادة 415 ق.م.ج بقولها: (تسري على المقايضة أحكام عقد البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المقايضين بائعا ومشتريا للشيء الذي قايض عليه)، وبالتالي فإن أحكام الغبن في بيع العقار تطبق على عقد المقايضة، حينما تسمح طبيعة المقايضة بذلك طبقا للمادة 415 أعلاه، وتكون كذلك حينما يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي زيادة على الشيء الذي قايضه، وأن يفوق مقدار النقود قيمة الشيء المقايض به.

مما تقدم سوف نحاول أن نتناول بالتفصيل أحكام الغبن المجرد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، والمتعلقة بالغبن في بيع العقار طبقا للمواد 358-360 ق.م.ج ، ثم الغبن في القسمة الرضائية طبقا للمادة 732 من نفس القانون، وذلك في الآتي:

2.1. الغبن في بيع العقار

يرتبط الغبن في بيع العقار بالثمن، وهو الأساس الذي تقوم عليه دعوى تكملة الثمن في الغبن في بيع العقار.

فالثمن هو المحل الثاني في عقد البيع، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حرية المتعاقدين في ترتيب آثار العقد، فإن للبائع والمشتري في عقد البيع الحرية الكاملة في تحديد قيمة الثمن¹ الذي يريدانه طبقا لإرادتيهما الحرتين الخاليتين من العيوب.

ويتمثل الثمن أساسا في مبلغ محدد من النقود، ويشترط لانعقاد عقد البيع أن يكون هذا الثمن حقيقيا وجديا باعتباره أحد أركان العقد، ومعنى ذلك أن يقصد البائع الحصول على

¹ Jérôme Huet, Traité de droit civil sous la direction de Jaques Ghestin (Les principaux contrats spéciaux), Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, P 142.

ذلك الثمن في مقابل التزامه بنقل ملكية الشيء أو أي حق مالي آخر إلى المشتري،¹ ومع أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عند تطرقه إلى الأحكام المتعلقة بعقد البيع لشروطي جدية الثمن وحقيقته، حيث نص فقط على وجوب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد،² إلا أن الفقه يرى ضرورة أن يكون الثمن حقيقيا وجديا لتجنب الإبطال،³ لأن هذين الشرطين يعدان من صميم الثمن الذي يجب أن لا يكون صوريا فيتحول بذلك عقد البيع إلى عقد هبة مستترة، كما لا يجب أن يكون تافها لدرجة تدعو إلى الاعتقاد أن البائع لا يقصد الحصول عليه فعلا، بل يقصد وهب المبيع للمتعاقد الآخر، وهو بذلك عقد هبة مكشوفة.

وفي هذا المقام يتوجب علينا أن نفرق بين الثمن الصوري والثمن التافه والثمن البخس، فالثمن الصوري هو ثمن غير حقيقي أي لا وجود له أصلا لكنه عادة ما يكون مساويا لقيمة المبيع، يتم ذكره في العقد حتى يبعث على الاعتقاد أن التصرف القانوني المبرم هو عقد بيع، وهو في حقيقة الأمر يستتر عقدا آخر هو عقد الهبة،⁴ أما الثمن التافه فهو مبلغ قليل من النقود يصل إلى حد من التافهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد أن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد تحصل عليه فعلا،⁵ وعليه فإن الثمن الصوري هو ثمن غير حقيقي والثمن التافه هو ثمن غير جدي، بينما الثمن البخس فهو ثمن حقيقي فعلا وليس بصوري، وأيضا جدي لأن البائع يقصد فعلا الحصول عليه كمقابل للالتزامه في نقل ملكية المبيع، إلا أن علته تتمثل في

¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، 2009، ص 108-109.

² علي فيلالي، العقود الخاصة (البيع)، المرجع السابق، ص 164.

³ Jérôme Huet, Op-Cit, P 413.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 109.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة-، ج 4، مج 01، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان-، د س ن، ص 385-386.

التفاوت الكبير بينه وبين قيمة المبيع دون أن ينزل إلى درجة الثمن التافه، ما يترتب عنه غبن للبائع.

والأصل أن الثمن البخس وهو غبن من ناحية البائع لا يعيب عقد البيع ولا يؤثر في صحته،¹ لأن البائع قد ارتضاه وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فالمتعاقدان لهما الحرية الكاملة في تحديد ثمن المبيع، إلا أنه وتماشيا مع قواعد العدالة وضرورة المحافظة على التوازن المالي للعقد، فقد أحاط المشرع الجزائري كالعديد من التشريعات الحديثة بائع العقار بحماية من الثمن البخس، تتمثل أساسا في حماية البائع في بيع العقار الذي يترتب عليه غبن يزيد عن خمس ثمن العقار، بينما الثمن البخس في باقي عقود البيع الأخرى مهما بلغت قيمتها الحقيقية من أهمية، فلا يمكن للبائع الادعاء بالغبن إلا إذا كان مقترنا بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة.

وتنص المادة 358 ق.م.ج على أنه: (إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس فللبائع الحق في تكملة طلب تكملة الثمن إلى (5/4) أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن (5/1) الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع).

وتنص المادة 359 ق.م.ج على أنه: (تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز. ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع).

كما تنص المادة 360 ق.م.ج على أنه: (لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون).

¹ سمير عبد السيد تتاغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 112.

من نصوص المواد أعلاه يمكننا استخلاص شروط رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار في القانون المدني الجزائري في الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون التصرف بيعا

يعرّف الفقه عقد البيع بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، في مقابل ثمن نقدي"¹، وهو نفس التعريف الذي أورده المادة 351 ق.م.ج التي تنص على أنه: (البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي).

يتميز عقد البيع بعدة خصائص، فهو عقد ملزم لجانبين كونه يترتب التزامات متبادلة ومتقابلة في ذمة كلا المتعاقدين أي البائع والمشتري، فالبائع مدين بالمبيع ودائن بالثمن، وفي المقابل المشتري مدين بالثمن ودائن بالمبيع، وهو عقد معاوضة لأن البائع والمشتري يتلقيان مقابلا لما يؤديه كل منهما للآخر، وهو عقد محدد لأن التزامات كلا المتعاقدين معلومة ومحددة وقت انعقاد العقد، فالبائع يعلم ماهية الشيء أو الحق المالي الذي سوف يؤديه للمشتري، وهذا الأخير أيضا يعلم مقدار الثمن الذي سوف يدفعه للبائع.

ويمثل نقل الملكية أهم التزام يترتب عليه عقد البيع في ذمة البائع، لأن البائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي للمشتري، وهذا ليس معناه أن أي عقد ناقل للملكية يكون محلا لتطبيق نظرية الغبن، لأن المشرع الجزائري حدد مجال الغبن المادي على عقد البيع فقط، وبذلك يكون الغبن مستبعدا بالنسبة لكل العقود الناقلة للملكية ما لم تكن بيعا، كأن تكون هبة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة-، ج 4، المرجع السابق، ص 20.

أو تقديم حصة في شركة أو غيرها أو حتى شراء مال عقاري في إطار عملية الاعتماد التجاري كونها عملية خاصة تتميز عن عقد البيع.¹

وعليه فإن العقد المقصود بدعوى تكملة الثمن هو عقد البيع بالمعنى الذي ذكرناه سابقا، وليس أي عقد آخر قد يتشابه معه كعقد المقايضة أو الهبة، وكمثال على ذلك أن يقوم شخص بمبادلة منزله بمنزل شخص آخر، فهنا لا يمكنه رفع دعوى تكملة الثمن مهما كان الفرق في الثمن بين المنزلين، وحتى وإن دفع أحدهما مبلغا نقديا للآخر زيادة على المنزل الذي قايضه، مادامت قيمة النقود التي دفعها تقل عن قيمة الشيء المقايض به، فهنا العقد يبقى عقد مقايضة ولا يجوز للبائع الادعاء بالغبن ورفع دعوى تكملة الثمن، لأن المشرع كان واضحا في المادة 358 من ق.م.ج السالفة الذكر.

الشرط الثاني: أن ينصب البيع على عقار

إن مجال الغبن المجرد هو عقود المعاوضات عموما، أما دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائري فمجالها يقتصر على بيع العقار طبقا للمادة 358 ق.م.ج، فعقد البيع عموما هو توافق إرادتين على أن تقوم إحداهما بنقل ملكية شيء أو حق مالي، وأن تقوم الأخرى بدفع ثمن نقدي للأخرى، أما عقد بيع العقار فهو التزام البائع بنقل ملكية العقار للمشتري مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ نقدي.

وقد حصر المشرع المدني الجزائري مجال رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقارات فقط، وذلك استثناء من قاعدة عدم الأخذ بالغبن المادي المجرد السارية في النظرية العامة للعقد، بعد تطور نظرية الغبن المادية إلى نظرية الاستغلال النفسية، كما سبق لنا بيانه عند الحديث عن تطور الغبن من نظرية إلى نظرية نفسية.

¹ علي فيلالي، العقود الخاصة - البيع -، المرجع السابق، ص 168.

ويستوي أن يكون عقارا بحسب الأصل أو عقارا بالتخصيص، وقد عرف المشرع المدني الجزائري العقار في المادة 683 ق.م.ج بأنه: (كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار يعتبر عقارا بالتخصيص)، وينصرف هذا التعريف إلى الأراضي والمباني والأشجار والطرق والمناجم....، كما ينصرف إلى المنقولات بطبيعتها والتي رصدت خدمة للعقار كالجرار بالنسبة للأرض، والأبواب والنوافذ بالنسبة للمنزل.¹

أما المنقولات فلا تشملها دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن مهما بلغت درجة التفاوت بين قيمة المبيع والثمن، وعليه فإن الغبن المجرد من الاستغلال لا يؤثر في صحة البيع إلا إذا وقع على العقار،² ويمكن إرجاع اقتصار المشرع في مجال دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن على العقار فقط، إلى أهمية العقارات وحجمها مقارنة بالمنقولات، وارتباط العقارات بالسكن والفلاحة جعل المشرع يفرض عليها حماية استثنائية، إلا أننا يجب أن لا نتجاهل أن بعض المنقولات قد تفوق العقارات ثمنا وأهمية كبعض السيارات الباهظة الثمن، ومع ذلك لم يشملها المشرع بدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، ويرجح سبب ذلك إلى أن المشرع أراد أن يحافظ على استقرار العلاقات التي رتبها عقد البيع، وأن لا تكون مهددة في كل حين برفع دعوى تكملة الثمن بعد أن اطمأن أطراف العقد إليه.

ويعود ذلك أيضا لأسباب تاريخية تتمثل في أن القانون الروماني لم يكن يأخذ بالغبن إلا من أجل حماية القاصرين دون الخامسة والعشرين، وحماية صغار المالكين، عن طريق منحهم حق رفع دعوى الإبطال لبائع العقار ضحية الغبن الفاحش.³

¹ الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 18.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص 455.

³ جاك غيستان، المرجع السابق، ص 860.

الشرط الثالث: أن يتم البيع بالتراضي

يشترط لرفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار أن يتم إبرام عقد البيع بالتراضي، وعليه فقد استبعد المشرع الجزائري لرفع هذه الدعوى أن يكون عقد البيع قد تم عن طريق المزاد العلني، طبقا للمادة 360 ق.م.ج التي تنص على أنه: (لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني بمقتضى القانون).

إذا فالبيع الذي تم عن طريق إجراء المزاد العلني لا يجوز الطعن فيه بالغبن مهما وصل حجم التفاوت بين أداءات طرفي العقد، لأن هذا النوع من البيع يتم عن طريق إجراءات قانونية محددة وتأخذ مدة زمنية طويلة نوعا ما، وتتمثل في استصدار أمر الحجز وقيده والتبليغ الرسمي لأمر الحجز العقاري من طرف المحضر القضائي وقيد هذا الأمر بالمحافظة العقارية وإعداد قائمة شروط البيع وتحديد الثمن الأساسي والنشر والإعلان¹، والتي من شأنها أن تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، ويجري هذا النوع من البيع تحت إشراف القضاء، وعليه فلا مبرر للطعن فيه بالغبن.²

إلا أننا نرى أن استبعاد دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار الذي جرى بيعه عن طريق المزاد العلني، هو إجحاف بحق الطرف المغبون، لأن المزاد العلني هو مجرد وسيلة لتنظيم بيع العقار المتنازع عليه، والقاضي أثناء جلسة البيع لا يحرص على مراقبة ثمن العقار، بقدر ما يحرص على إتباع الإجراءات الشكلية المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنظم عملية بيع العقار من الحجز إلى حكم رسو المزاد، ورئيس المحكمة أو القاضي المعين للقيام بعملية المزاد يتأكد أثناء الجلسة العلنية المخصصة

¹ المواد 721 وما يليها من القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع 21، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008.

² فايضة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتى التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018/2019، ص 138.

لبيع العقار من حضور النصاب اللازم لإجراء المزاد الذي يجب ألا يقل عن ثلاثة (3) مزايدين، والتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز، وأن يكون العرض الذي يتقدم به المزايدون أكبر من الثمن الأساسي المحدد في قائمة شروط البيع، أما إذا لم يتوافر هذان الشرطان يقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة، وهنا يكمن الخطر على صاحب العقار، لأن العقار يمكن أن يباع في الجلسات الموالية لمن يتقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي، الذي يمكن أن يقل عن أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل بكثير، فلم يتم حرمان الطرف المغبون من دعوى تكملة الثمن فقط لأن البيع تم عن طريق إجراء المزاد العلني.

الشرط الرابع: مباشرة الدعوى من طرف البائع

دعوى تكملة الثمن هي حق يكفله القانون المدني الجزائري لبائع العقار سواء أكان كامل الأهلية أو ناقصها، بخلاف المشرع المدني المصري الذي يشترط لممارسة هذا الحق أن يكون التصرف بالبيع قد صدر من مالك العقار، وأن يكون هذا الأخير غير كامل الأهلية، وهذا غير منصوص عليه في القانون الجزائري الذي يتيح للبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن، سواء كان مالكا أم غير مالك للعقار، سواء أكان كاملا أم ناقصا للأهلية، أما التصرف الصادر من عديم الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه فمصييره البطلان المطلق، طبقا للمادة 82 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة)، والمادة 85 من نفس القانون التي تنص على أنه: (تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه).

ويثير شرط مباشرة الدعوى من طرف البائع تساؤلا حول الحالة العكسية، ألا وهي وقوع المشتري في غبن يزيد عن الخمس 5/1 في شراء العقار، ألا يجوز له أن يتمسك بدعوى الغبن في بيع العقار؟ المادة 358 ق.م.ج كانت صريحة وأعطت الحق للإدعاء

بالغبن فقط للبائع دون المشتري، وذلك بتقريرها لحق البائع في رفع دعوى تكملة الثمن، أما المشتري فلا يجوز له تبعا لذلك أن يدعي بوقوعه في الغبن وأن يطالب البائع بإرجاع ما يزيد عن الثمن الحقيقي، لأن دعوى الغبن في بيع العقار في القانون المدني الجزائري مقررّة فقط لحماية للبائع، أما المشتري فيمكنه في حالة تعرضه لتفاوت مادي فاحش جراء عقد بيع العقار أن يتمسك بالاستغلال بعد إثباته أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، أما عدا ذلك فلا يمكنه التمسك بالغبن في شراء العقار مهما كان التفاوت المادي فاحشا.

والمشرع الفرنسي فقد نص على هذا الشرط صراحة في المادة 1683 ق.م.ف التي تنص على أنه: (الفسخ بسبب الغبن لا يعمل به لصالح المشتري)¹.

الشرط الخامس: أن يزيد الغبن عن خمس (5/1) ثمن العقار

يشترط لصحة دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائري طبقا للمادة 358 منه السالفة الذكر، أن يزيد مقدار الغبن عن خمس (5/1) ثمن العقار، أما إذا كان الغبن أقل من الخمس فلا يحق للبائع رفع دعوى تكملة الثمن،² وهذا شرط أساسي لقبول هذه الدعوى.

أما القانون الفرنسي فقد حدد نسبة الغبن في بيع العقار بسبعة على اثني عشرة 12/7 ثمن العقار في المادة 1674 من ق.م.ف السالفة الذكر.

أما الفقهاء المسلمون فقد اختلفوا في مقداره، فمنهم من قال أنه يتراوح بين الثلث وربع العشر أي حوالي 39 %، ومنهم من قال بأن تقديره يدخل في اختصاص أهل الخبرة.¹

¹ Art 1682 : (La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur), code civil français, Op-Cit.

² فطيمة الزهراء مصدق، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مج 06، ع2، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، 2021/06/20، ص 339.

ومعيار الغبن هنا معيار جامد محدد برقم معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، والوقت الذي يعتد به في تقدير الغبن هو وقت البيع وليس وقت رفع الدعوى أو وقت الحكم فيها،² فإذا بيع العقار بمليون دينار 1.000.000 دج وكان ذلك سعر السوق آنذاك، فلا يمكن رفع دعوى تكملة الثمن إذا ارتفع سعره بعد مدة ولو كانت وجيزة، لأن العبرة بدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن هي اختلال التوازن المالي للعقد أثناء إبرام العقد وليس بعده.

كما أن الثمن الذي يحسب على أساسه الغبن هو المبلغ النقدي الذي يستحقه البائع، بغض النظر عن المصروفات التي أنفقها المشتري كرسوم التسجيل وغير ذلك، فهذه الأخير لا تعود بالفائدة على البائع ولا تدخل في حساب الثمن.³

الشرط السادس: أن يتم رفع الدعوى في أجل ثلاث سنوات

حدد المشرع المدني الجزائري أجل سقوط رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن المجرد بثلاث سنوات، يبدأ حسابها إما من تاريخ انعقاد البيع، أو من يوم انقطاع العجز بالنسبة لعديمي الأهلية، وذلك طبقاً للمادة 1/359 و2 ق.م.ج التي جاء فيها: (تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز).

وهي نفس مدة التقادم في القانون المصري، الذي عين تاريخ حسابها من وقت توافر أهلية مالك العقار، أو من تاريخ وفاته، ويرجع ذلك كما سبق لنا القول إلى أن المشرع المدني المصري يشترط لرفع هذه الدعوى أن يكون مالك العقار فاقداً للأهلية، لذلك ربط حساب أجل رفع هذه الدعوى بتوافر أهلية صاحب العقار لكي يتسنى له مباشرتها بنفسه، أو وفاته لكي يباشرها ورثته.

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 292.

² سمير عبد السيد تناعو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 117-118.

³ سمير عبد السيد تناعو، عقد البيع، المرجع نفسه، ص 118.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد أجل سقوط دعوى تكملة الثمن بسنتين (2) طبقا للمادة 1676 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: (لا يقبل الطالب بعد مرور سنتين، تحسب من يوم انعقاد البيع، هذا الأجل ساري ولا يمكن وقفه أثناء المدة المنصوص عليها في اتفاق إعادة الشراء).¹

2.2. الغبن في القسمة الرضائية

الملكية الشائعة هي موضوع القسمة، وطبقا للمادة 713 ق.م.ج فإن الملكية الشائعة هي: (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك)، فالشيوع هو الوضع القانوني الناتج عن تعدد المالكين للحق العيني دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه.² إذا فكل ملكية يشترك فيها أكثر من شخصين تعد ملكية شائعة، والأصل أن حصة كل شريك مساوية لباقي الشركاء، والاستثناء ألا تكون مساوية للشركاء الآخرين كالشيوع في الميراث مثلا فحصة كل شريك تختلف عن الآخر حسب الأنصبة التي حددها الشرع.

وقد عرف الفقه القسمة عموما بأنها: "إنهاء الشيوع وإعطاء كل شريك حقه في المال الشائع مفرزا، يستقل به ويتسلط عليه تسلط الملاك"،³ فالقسمة هي منح كل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وتهدف إلى توزيع المال

¹ Art 1676 : (La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. Ce délai court et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte du rachat), code civil français, Op-Cit.

² عيشة بن مداني وأحمد حمزة بن غربي، "طرق قسمة الملكية الشائعة"، مجلة قضايا معرفية، مج 2، ع 6، يناير 2021، ص 57.

³ مريم تومي، "قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع 45، الجزائر، مارس 2016، ص 128.

الشائع بين الشركاء، فهي بذلك وسيلة لإنهاء الشيوخ، والخروج منه إلى الملكية الفردية عن طريق حصة مفرزة يستثمرها الشريك ويستغلها ويتصرف فيها بمطلق الحرية.¹

ويمكن تقسيم القسمة إلى رضائية أو بالتراضي (اتفاقية)، وقسمة قضائية أي عن طريق القضاء، ويتمثل أطرافها في القاسم والمقسوم (المحل) والمقسوم لهم وهم الشركاء في الشيوخ، أما هدفها فهو إنهاء حالة الشيوخ، وإعطاء كل شريك أو مقاسم نصيبه، الذي يتم تحديده إما عن طريق واقعة مادية كالمراث الذي حدد الشرع أنصبة كل طرف فيه، أو تصرف قانوني كسواء عقار على الشيوخ... وغيرها.

وتعرف القسمة بالتراضي بأنها اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع بينهم إلى حصص، فتجري بين المتقاسمين في الملك الشائع بالتراضي، ويعد إجماع الشركاء الشرط الضروري في قيام القسمة الاتفاقية، كما أن وجود قاصر أو فاقد الأهلية أو غائب بين الشركاء لا يمنع إجراء القسمة، بشرط إتباع إجراءات قانونية معينة لحماية هؤلاء، حيث يشترط الحصول على إذن مسبق من المحكمة لإجراء القسمة، كما تتطلب المصادقة على القسمة بعد التأكد من عدالتها.²

كما أن القسمة التي يكون محلها عقارات تخضع للإجراءات المتعلقة بالعقار من حيث الشكل والإشهار القانوني، واحترام النصوص التنظيمية التي تم إقرارها من أجل منع تفتيت الملكية الزراعية، ولأجل الحفاظ على الطابع العمراني للمدن.³

وقد أحاط المشرع الجزائري المقاسمين في القسمة الرضائية بحماية من الغبن وذلك بموجب المادة 732 منه التي تنص على أنه: (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا

¹ مريم تومي، المرجع السابق، ص 128.

² عيشة بن مداني وأحمد حمزة بن غربي، المرجع السابق، ص 60. ومريم تومي، المرجع السابق، ص 131.

³ عبد المجيد رحابي، "ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 10، جوان 2018، الجزائر، ص 493.

أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته).

وعليه فإن المقاسم الذي يثبت أنه قد غبن في القسمة التي تم إجرائها بالتراضي بينه وبين باقي المقاسمين، فيما يزيد عن الخمس (5/1) من قيمة الشيء أو الأشياء موضوع القسمة يجوز له نقض هذه القسمة وإعادة إجراء القسمة من جديد، ويتم تقدير قيمة التفاوت المادي بحساب نسبة الغبن من قيمة الشيء محل القسمة في تاريخ إجراء القسمة فقط وليس بقيمته في وقت لاحق، وهو نفس الشرط لرفع دعوى تكملة الثمن في الغبن في العقار.

وقد حدد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نفس المادة أجل رفع دعوى نقض القسمة بالتراضي التي لحق أحد أطرافها غبن بسنة واحدة وذلك بقوله: (يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته)، كما نص المشرع على جواز إيقاف الدعوى¹ من طرف المدعى عليه إذا أثبت أنه قد أكمل نقدا أو عينا حصة المقاسم المغبون من القسمة الرضائية، لأن إكمال حصة المقاسم الذي يدعي الغبن هو الهدف من رفع دعوى نقض القسمة، فإذا وافق المدعى عليه على تكملة نصيبه إلى ما يعادل نصيب باقي المقاسمين، فإن مصلحته في متابعة سير الدعوى تنتفي، طبقا للقاعدة العامة لا دعوى بدون مصلحة.

إلا أن ما يثير التساؤل في هذا الصدد ما هو قصد المشرع المدني بعبارة "يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد"، هل يقصد بذلك وقف الخصومة؟ أم يقصد انقضاءها؟

¹ لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مصطلح إيقاف الدعوى، وإنما تضمن مصطلح وقف الخصومة.

فبالنسبة لوقف الخصومة فلا يمكن أن تكون المقصودة، لأنها عارض من عوارض الخصومة، ولا يترتب عليها انقضاء الخصومة كما يُفهم من نص المادة 2/732 ق.م.ج السالفة الذكر، التي تنص على منع إعادة السير فيها إذا أكمل المدعى عليه نصيب المقاسم المغبون، بل يمكن إعادة السير فيها طبقاً للمادة 217 من ق.إ.م.إ. الجزائري: (يتم إعادة السير في الخصومة بموجب عريضة افتتاح دعوى، تودع بأمانة الضبط، بعد إثبات القيام بالإجراء الشكلي الذي كان سبباً في شطبها)، كما أن المشرع قد حصر وقف الخصومة في حالتين طبقاً للمادة 213 ق.إ.م.إ.: (توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو شطبها من الجدول).

والأكيد وبالرغم من عدم نصه صراحة على ذلك فإن المشرع الجزائري يقصد انقضاء الدعوى برمتها وليس فقط الخصومة نتيجة الصلح بين المقاسمين، ومرد ذلك كما سبق القول أن هدف المدعي أصلاً هو تكملة نصيبه في القسمة، فإذا حصل عليه تنتفي مصلحته في السير في الدعوى.

وقد حدد المشرع الجزائري أسباب انقضاء الدعوى التي يعد الصلح أحدها في المادة 220 ق.إ.م.إ.ج التي جاء فيها: (تتقضي الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى، بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى)، فانقضاء الدعوى لا يجيز للمدعي الاختصام من جديد، بخلاف انقضاء الخصومة الذي لا يمنع الاختصام من جديد طبقاً للمادة 221 ق.إ.م.إ.ج التي تنص على أنه: (تتقضي الخصومة أصلاً، بسبب سقوطها أو التنازل عنها. في هذه الحالات لا مانع من الاختصام من جديد، ما لم تكن الدعوى قد انقضت لأسباب أخرى).

وبالنسبة للشركات التجارية فإن القسمة هي العملية التي تلي التصفية، وقد يقوم بها إما المصفي باعتبار ذلك عملاً نهائياً لمهمته، أو يقوم بها الشركاء أنفسهم لأنهم غالباً ما

يفضلون القيام بعمليات القسمة بأنفسهم، وفقا لما جرى الاتفاق عليه في العقد التأسيسي للشركة، فإذا انتهى مثل هذا الاتفاق في العقد وجب عليهم الرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالقسمة.¹

ولأن القانون التجاري لم ينص ضمن أحكامه على القواعد المتعلقة بتقسيم مال الشركة، وجب تطبيق النصوص التي يتضمنها القانون المدني باعتباره الأصل الذي يرجع إليه عند غياب النص في القانون التجاري، حيث يرجع إلى المادة 448 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (تطبق في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع)، والمواد 713 وما يليها من ق.م.ج المتعلقة بالملكية الشائعة.²

مما تقدم يمكننا حصر الشروط الواجبة لرفع دعوى نقض القسمة الرضائية في القانون المدني الجزائري، فيما يلي:

الشرط الأول: أن تتم القسمة بالتراضي

حصر المشرع الجزائري دعوى نقض القسمة في تلك القسمة التي تتم بالتراضي بين الشركاء، وعليه فلا يجوز نقض القسمة التي تجرى عن طريق القضاء، والغاية من حصر دعوى نقض القسمة في تلك التي تتم بالتراضي أن كل شريك يسعى إلى الحصول على حصة أوفر في المال المشاع، ويمكن أن ينتج عن هذه القسمة التي تتم بين الشركاء غبن أحدهم بتواطؤ أو بغير تواطؤ من طرف باقي الشركاء، لذلك كفل المشرع المدني للشريك المغبون حق نقض القسمة الرضائية.

¹ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، ط 7، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 92.

² نادية فضيل، المرجع نفسه، ص 92.

بينما إذا تمت القسمة على يد القضاء فالمشرع لم يمنح الشريك المقاسم حق نقض القسمة لسببين، الأول يتمثل في أن القضاء هو سلطة حيادية يراعي فيها العدل والمساواة بين الناس، والقاضي لدى نظره في دعوى القسمة يبذل قصارى جهده في إعطاء كل ذي حق حقه، أما السبب الثاني فيتمثل في عدم وجود إجراء النقص على مستوى القضاء، فالشريك المقاسم الذي لم يرض بالحكم يمكنه استخدام حقه في استئناف دعوى القسمة على مستوى محكمة الدرجة الثانية، التي تعيد الفصل في الدعوى من جديد من حيث الموضوع والقانون.

الشرط الثاني: أن يزيد الغبن عن الخمس (5/1)

لم يفتح المشرع المدني الجزائري مجال رفع دعوى نقض القسمة على مصراعيه، لأن الغبن في القسمة وغيرها هو أمر شائع الحدوث، لذلك ترفع عن فتح مجال هذه الدعوى أمام الغبن الذي يقل عن النسبة المحددة سابقا، حماية منه للعقود واستقرار المعاملات المرتبطة بها.

ونظرا لسريان القانون المدني الفرنسي في فترة ما بعد استقلال الجزائر، حيث استمر العمل بالقوانين الفرنسية غير المنافية للسيادة الوطنية بموجب القانون الجزائري رقم 62-152 المؤرخ في 1962/12/31، الملغى بموجب الأمر 73-29 المؤرخ في 1973/07/05¹.

فقد كان القانون المدني الجزائري القديم يحدد نسبة الغبن في القسمة الرضائية بالربع 4/1 وهي النسبة المعمول بها في القانون المدني الفرنسي حتى الآن، وفي ذلك قررت المحكمة العليا في الملف رقم 33131 قرار بتاريخ 1985/04/03 أن: "من المقرر قانونا

¹ جمال نجيمي، دليل القضاة للحكم في الجنب والمخالفات في التشريع الجزائري على هدي المبادئ الدولية للمحاكمة العادلة -دراسة، ج1، ط2، درا هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 14.

أنه يجب على الجهة القضائية التي تعاد إليها القضية بعد النقض أن تطبق حكم الإحالة فيما يتعلق بالمسائل الثانوية التي قطع فيها المجلس الأعلى، ومن المقرر كذلك في ظل أحكام المادة 887 من القانون المدني القديم، أنه يشترط أن يزيد الغبن على الربع لقبول دعوى الرجوع في القسمة الرضائية، ومن ثم فإن القضاء باعتماد تقرير خبرة تنفي وجود الغبن بحجة أن النقص الموجود في مساحة العقار الذي ناب الطاعن يعوض بنوعيته وجودته، فهو أكثر قيمة من العقار الذي جاء في مناب المطعون ضدها، فضلا أن النقض المبين في التقرير لا يتجاوز الربع، كما يوجب القانون المدني القديم، يعد قضاء مطابقا لما قرره المجلس الأعلى والقانون".¹

وبعد صدور الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 تمت إعادة صياغة القانون المدني الجزائري ليلائم متطلبات المجتمع الجزائري، وبموجبه تم تخفيض نسبة الغبن في القسمة الرضائية، وتحددها بالخمس 5/1، موافقا بذلك القانون المدني المصري في المادة 1/845 منه السالفة الذكر.

أما القانون المدني الفرنسي فمزال يحدد نسبة الغبن في القسمة بالربع 4/1 طبقا للمادة 889 ق.م.ف السالفة الذكر.

الشرط الثالث: أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة

حدد المشرع الجزائري أجل رفع دعوى نقض القسمة الرضائية في سنة واحدة، يبدأ حسابها من تاريخ إجراء القسمة، وإلا رفضت هذه الدعوى.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا أن الحكم بنقض القسمة بعد مرور أكثر من سنة على إجراء القسمة يعد خطأ في القانون، ولا يمنح المقاسم الحق في نقض القسمة مهما تبين

¹ الملف رقم 33131 قرار بتاريخ 1985/04/03، الغرفة العقارية، المجلة القضائية، ع 4، الجزائر، 1984، ص 45.

للقضاة أنها غير منصفة، وذلك في قرارها رقم 196366 بتاريخ 26/07/2000 الذي جاء فيه: "أنه يستفاد بالفعل من القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس صرحوا بأن القسمة الحاصلة بالتراضي قد جرت سنة 1956 بين الأطراف، غير أنها غير منصفة وجزئية، ولكن حسب المادة 732 من القانون المدني يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، حيث أنه وبفصله على نحو آخر، أخطأ المجلس في تطبيق نص المادة 732 من القانون المدني، وإضافة إلى ذلك فإن القرار المطعون فيه مشوب بعيب تناقض الأسباب".¹

أما المشرع الفرنسي فقد حدد أجل تقادم دعوى تكملة نصيب المقاسم بسنتين طبقاً للمادة 889 ق.م.ف السالفة الذكر.

الفرع الثاني: مفهوم الاستغلال

تعتبر معظم التشريعات الحديثة الاستغلال كعيب في الإرادة يخول من يدعي وقوعه فيه الحق في إبطال العقد، والاستغلال كنظرية نفسية جاءت بعد تطور نظرية الغبن المادية، يتكون من عنصرين مادي ونفسي ولا يقوم إلا باجتماعهما معاً، خلافاً للغبن الذي أساسه فقط التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين.

وقصد الإلمام بمفهوم الاستغلال سنحاول في هذا الفرع تعريف الاستغلال (أولاً)، ثم التطرق لعنصره (ثانياً).

¹ قرار رقم 196366 بتاريخ 26/07/2000، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد خاص، ج 1، الجزائر، 2004، ص 279-281.

أولاً: تعريف الاستغلال

أخذت معظم التشريعات الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسري بالاستغلال كعيب من عيوب من الإرادة، أما القانون الفرنسي فلا يعتبره من عيوب الإرادة بالرغم من أن القضاء الفرنسي يأخذ بإبطال العقد للاستهواء La captation أو الإيحاء La suggestion¹، وقد عدت الفقرة 1 من المادة 1130 ق.م.ف عيوب الإرادة بقولها: (الغلط، التدليس والإكراه تعيب الرضا، إذا كانوا ذو طبيعة لولاها لم يكن لأحد المتعاقدين أن يبرم العقد، أو كان ليبرم العقد بشروط مغايرة)²، ويظهر من هذه الفقرة أن عيوب الرضا في القانون الفرنسي هي (الغلط والتدليس والإكراه فقط)، بينما الاستغلال فلا يعد حسب القانون المدني الفرنسي عيباً في الرضا.

أما المشرع الجزائري فلم يساير المشرع الفرنسي في عدم اعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، وسار على نهج التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني والمصري، خاصة هذا الأخير الذي أخذ منه القانون المدني الجزائري معظم أحكامه، ويعد الاستغلال العيب الرابع من عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، وقد نظم أحكامه المادة 90 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 67.

² Art 1130 code civil français : (L'erreur , le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté à des conditions substantiellement différentes), code civil français, Op-Cit.

المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

وهي نفس الأحكام التي تنص عليها المادة 129 ق.م.م التي جاء فيها: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

وقد عرف الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الاستغلال L'exploitation بأنه: "نظام قانوني مؤداه أن يعتمد شخص أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في شخص آخر، كحاجة ملجئة تتحكم فيه، أو طيش بين يتسم به، أو هوى جامح يمتلكه، أو خشية أدبية¹ تسيطر عليه، فيجعله يبرم عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما أخذه منه وعطائه له، فيؤدي به إلى غرم مفرط، بحيث يمثل عقده هذا تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية".²

¹ مثلا: السلطة التي يمارسها المعلم على التلميذ، أو الإمام على المصلين، أو الأب على الأبناء، أو الزوج على الزوجة... وغيرها.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 386.

وعرفه محمد حسين منصور بأنه: "أمر نفسي حيث ينتهز أحد المتعاقدين حالة الضعف النفسي الموجودة لدى المتعاقد الآخر للحصول على مغانم صارخة تؤدي إلى عدم التعادل الشاسع بين الأداءات في العقد".¹

والاستغلال أمر شائع في العمل، وله بعض الصور التقليدية لفرط تكرارها في الحياة اليومية، ومنها أن تستغل الزوجة الشابة دلالها على زوجها الشيخ، وما يحدثه هذا الدلال في نفسه من هوى جامح لإرضائها والتودد إليها، وتحمله بذلك على أن يهبها كل أمواله، ومن هذه الصور أيضا أن يستغل أحد الناس من منتهزي الفرص الطيش البين في أحد الشباب حديثي العهد بآرث المال، فيجعله يبرم معه عقدا يتضمن له غبنا فادحا.²

ومنه صح التعبير عن هذا العيب بالغبن الاستغلالي،³ فهو غبن للتفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين، واستغلالي لاستغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف تعتري شخصية المتعاقد الآخر لحمله على إبرام العقد وتكبيده خسارة فادحة.

فالاستغلال يتكون من عنصرين مادي ونفسي، أحدهما الفعل وهو أن يقوم أحد المتعاقدين باستغلال ضعف في المتعاقد الآخر فيحمله على التعاقد، والثاني يتمثل في النتيجة وهي الغبن الذي يلحق بالمتعاقد المستغل، ويتمثل في التفاوت بين أداءات المتعاقدين وعدم التعادل بين ما يعطي كل متعاقد وما يحصل عليه في المقابل وهو المظهر المادي للغبن.

أما في الفقه الإسلامي فإن الاستغلال يطابق فكرة الغبن مع التغيرير أو ما يسمى لدى بعض الفقهاء "بخيار الوصف"، وهو أن يجري شخص تصرفا ما بسبب إيهامه من

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 188.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 386.

³ محمد حبار، المرجع السابق، ص 287-288.

الشخص المتعاقد معه أو من الغير بتوافر صفة في المعقود عليه كان المشتري يرغب فيها، بحيث لولا تلك الصفة ما أقدم على إجراء التصرف، فإذا ما فاتته الوصف المبتغى فإنه يثبت له حينئذ حق الخيار في الفسخ.¹

وإذا كانت عقود المعاوضة لا تطرح مشكلة حول اعتبارها مجالا واسعا لتطبيق نظرية الاستغلال، فإن الأمر يختلف حول عقود التبرع والغرر، لأن عقود التبرع² والغرر³ بطبيعتها لا تطرح فكرة التوازن المالي للعقد، فهي عقود مختلفة التوازن ولكن القانون يعترف بصحتها،⁴ لعدة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وقانونية أيضا، فهي عقود لا تطرح فيها مسألة الغبن والتفاوت بين ما يؤديه المتعاقد وما يتحصل عليه في المقابل، إلا أنه إذا تعرض المتعاقد إلى استغلال من الطرف الآخر فإن الأمر يختلف، لأنه كما سلف الذكر فإن الاستغلال هو أمر نفسي يتحقق بمجرد استغلال الطرف الآخر لضعف في المتعاقد الآخر يبرم بموجبه العقد، بغض النظر عن التفاوت المادي الذي يصيبه جراء هذا الاستغلال، وعليه فإن الاستغلال يشمل عقود التبرع والغرر أيضا بالرغم من أنها مختلفة التوازن المالي بطبيعتها.

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 294.

² عقد التبرع: هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، ولا يعطي الطرف الآخر مقابلا لما أخذه، كعقد الهبة والعارية والقرض والوديعة والوكالة إذا كانت بدون مقابل، انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 135-136.

³ عقد الغرر: ويسمى بالعقد الاحتمالي، هو العقد الذي يتوقف فيه مقدار الأداء الواجب على أحد المتعاقدين على تحقق أمر غير محقق الحدوث، أو غير معروف زمن حدوثه، وبذلك لا يستطيع المتعاقد أن يعرف بالضبط مقدار ما سيأخذ ومقدار ما سيعطي، لتوقف ذلك على أمر احتمالي، ولا يعرف هل سيقع أم لا وإن وقع لا يعرف وقت وقوعه، ومثال ذلك عقد التأمين، انظر في ذلك ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 66-67.

⁴ عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 20.

وفي مجال العقود الإلكترونية، فنظرا لانتشارها الواسع ونقص خبرة العديد من المتعاملين في هذا المجال، فهذا يسهل وقوعهم في الاستغلال ويوسع دائرته في العقود الإلكترونية، فمثلا قد لا يتأكد المتعاقد الإلكتروني من شروط العقد وينقر على زر الموافقة دون قراءة،¹ وفي ظل عدم وجود نص خاص بالاستغلال في العقود الإلكترونية فإنها تخضع لأحكام النظرية العامة للعقد.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية قد أحاط استغلال المتعاقد الإلكتروني في عقد البيع الإلكتروني بحماية تصل إلى إلزام المتعاقد المُستغل بدفع غرامة مدنية، بالإضافة إلى المتابعة الجزائية، حيث تنص المادة 50 منه على أنه: (يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضر أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1.000 و 20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية).²

ثانيا: عنصرا الاستغلال

ينطوي الاستغلال كما أسلفنا على عنصرين: عنصر مادي وعنصر نفسي، حيث يستغل أحد الطرفين الضعف النفسي لدى الطرف الآخر في العقد ليحمله على إبرام تصرف ينطوي على غبن، فالاستغلال لا يقوم إلا بوجود غبن يتمثل في التفاوت الصارخ بين

¹ محمد عقوني وحسن عبد الرزاق، "عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 13، عدد خاص، جانفي 2021، ص 635.

² القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المؤرخ في 9 أوت 2000، عدد 83 لسنة 2000.

الأداءات، ويمكن مرجع هذا التفاوت في وجود حالة ضعف لدى المتعاقد الآخر استغلالها الطرف الآخر للحصول على مزايا لا تتناسب البتة مع ما أعطاه.¹

1. العنصر المادي للاستغلال

يتمثل العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال في اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة أو انعدامه عند وجود مقابل،² ويشترط لتحقيق هذا الشرط طبقا للمادة 90 من القانون المدني الجزائري أن تكون نسبة التفاوت كثيرة بين التزامات أحد المتعاقدين وما حصل عليه في المقابل، أما القانون المدني المصري في المادة 129 منه فقد عبر عن ذلك بأن لا تكون التزامات أحد المتعاقدين معادلة البتة مع التزامات الطرف الآخر في العقد، بينما نص قانون الموجبات اللبناني في المادة 214 منه السالفة الذكر على وجوب أن يكون الاختلال فاحشا وشاذا، أما القانونين التونسي والمغربي فلم يحددا شرطا ماديا لتحقيق الاستغلال عدا أن يكون ناتجا عن تغيير بالنسبة للمشرع التونسي في الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود، وناتجا عن تدليس بالنسبة للمشرع المغربي في الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود.

ونحن من وجهة نظرنا نؤيد المشرعين التونسي والمغربي في طرحهما بعدم اشتراطهما لأي تفاوت مادي في الاستغلال، لأن الاستغلال هو عيب في الإرادة يتحقق كلما اعتري هذه الأخيرة عيب بغض النظر عن حجم التفاوت أو الاختلال في العقد، بل يجب النظر في تقدير حجم التفاوت للقيمة المادية للشيء في نظر المتعاقد المستغل مهما كان حجم هذا التفاوت يسيرا، ومادامت عيوب الإرادة الأخرى (الغلط التدليس، والإكراه) تتحقق بمجرد وقوع الشخص في غلط، أو مورس عليه تدليس، أو كان تحت سطوة رهبة بينة لإكراه، دون الاعتداد فيها بتاتا بحجم التفاوت بين ما أداه المتعاقد وما حصل عليه في المقابل.

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 188

² عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 293.

ويأتي العنصر المادي في الاستغلال في المقام الأول، وهو أول ما يتجه إليه البحث عند النظر في الاستغلال، فهو الذي يكشف عن العنصر الثاني وهو استغلال حالة الضعف لدى المتعاقد المستغل، وبذلك هو مفتاح الموقف في مجال الإثبات، باعتباره عنصرا ماديا يسهل إثباته بخلاف العنصر النفسي الذي قد يستعصي إثباته، فهو يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التي واكبت إبرام العقد، فيجعل القاضي ينتقل إلى البحث عن العنصر النفسي.¹

أما مجرد التفاوت الضئيل الذي يمكن أن يعترى العقود فهو أمر وارد، لأنه لا يمكن أن تتحقق المساواة التامة بين الأداءات في العقود، وعليه فقد درج الناس على غض النظر والتسامح في التفاوت المادي الضئيل.

وكمثال عن ذلك عقد البيع، لا يشترط التعادل التام بين الثمن والمبيع، فقد يغبن أحد المتعاقدين غبنا بسيطاً ولا يمنع ذلك من صحة عقد البيع، لأنه في كل عقد هناك طرف رابح ومستفيد أكثر من الطرف الآخر لكن بفارق بسيط يستدعي التسامح في أغلب الأحيان، أما إذا كان الاختلال فادحا والخسارة التي لحقت بأحد المتعاقدين جسيمة فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق، وينشأ حق المتعاقد المستغل في إبطال العقد أو المطالبة بإنقاص التزاماته العقدية.

والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد، لا بقيمته المادية الذاتية، أما تقدير الفداحة في اختلال التعادل فمعيارها مادي، لكن هذا المعيار ليس رقما ثابتاً بل هو متغير تبعاً للظروف في كل حالة، وتعود للقاضي سلطة تقدير هذه القيمة حسب ظروف وملابسات كل حالة، فالمسألة هنا مسألة واقع لا قانون، وليس للمحكمة العليا الرقابة على محكمة الموضوع إذا بينت هذه الأخيرة الأسباب الكافية التي جعلتها تبني حكمها، ولا

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 294.

يجوز للمحكمة العليا التدخل إلا في حالة قصور الأسباب، ويقع عبء إثبات الاختلال الفادح على الطرف المغبون.¹

ولا يقتصر مجال الاختلال المادي الكثير أو الفادح على عقود المعاوضة فقط، وإن كانت هذه الأخيرة تشكل بطبيعتها مجالا خصبا للاختلال الفادح، لسهولة قياسه نظرا لأن كلا المتعاقدين يأخذ ويعطي مقابلا لما أداه، ويعلم كلاهما على وجه التحديد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى، سواء أخذ لنفسه أو لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير، بل إن ذلك لا يمنع أن يحدث الاختلال المالي الفادح في العقود الاحتمالية وعقود التبرع، لأنه كما سبق لنا القول فإن مجال الاستغلال يشمل عقود المعاوضة والعقود الاحتمالية وعقود التبرع أيضا.

فبالنسبة للعقود الاحتمالية فهي بطبيعتها مبنية على الغرر واحتمال الكسب والخسارة، وهذا ما جعل بعض الفقهاء يستبعدونها من مجال تطبيق نظرية الاستغلال، والحقيقة أن احتمال الربح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي يختلف عن استغلال ضعف المتعاقد،² وعليه فإنه ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل المعقول بين احتمال الربح وقيمه من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى، فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال الكسب، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيرا عن مقدار الكسب، كان الاختلال في التعادل فادحا، كمن يؤمن منزله من الحريق، وكان المنزل بعيدا كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لرغبة دائن ارتهن المنزل، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطا عالية، فاحتمال خسارة هذه الأقساط أرجح بكثير من احتمال حريق المنزل وتقاضي تعويض عنه هو مبلغ التأمين، ولم يكن هنالك فرق كبير بين القسط السنوي ومبلغ التأمين ذاته، ففي هذا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 296-297.

² علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، ط3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2013، ص 220.

العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالا فادحا.¹

أما في عقود التبرع فلا يمكن القول أن هناك اختلالا ماديا فادحا، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ، والمتبرع له يأخذ ولا يعطي، ولكن بالرغم من ذلك فإن الاستغلال يقع في عقود التبرع كما يقع عقود التبرع، بل وهو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية، وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا، وهو كثير الوقوع في عقود التبرع وسهل التصور أيضا، كأن يتبرع شخص بجميع أمواله لزوجته الثانية وأولاده منها، مضيعا بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون التبرع هنا قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية ضعفه وهواه، وهنا لا يقال إن التعادل المادي مختل اختلالا فادحا، بل يقال إنه غير موجود أصلا، فالمتبرع أعطى دون مقابل، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح.²

ويقترح الفقه في هذا الصدد عمليا كيفيتين لتقدير التفاوت بين التزامات المتعاقد والغاية التي يهدف إليها، أما الكيفية الأولى، فيرى أصحابها أنه ما دام عدم التوازن في عقود التبرع موجودا أصلا لانعدام العوض فهي أولى بتحقيق الاستغلال فيها، ومن ثم فإن العنصر المادي للاستغلال يكون دائما مفترضا في عقود التبرع، ويرى أصحاب الكيفية الثانية أن التفاوت بين التزامات المغبون والغاية التي يسعى إلى تحقيقها يتمثل في المقدار

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 297.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع نفسه، ص 297-298.

غير المؤلف للمال المتبرع به من جهة، وثروة المتبرع من جهة أخرى، وهذه الطريقة هي الأقرب لأحكام المادة 90 ق.م.ج.¹

2. العنصر النفسي للاستغلال

يعد العنصر النفسي أو الذاتي العنصر الحاسم الذي يجعل الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، ويميزه عن الغبن المجرد الذي يعتمد في تقديره فقط على العنصر المادي المتمثل في التفاوت أو عدم التعادل الصارخ أو الفاحش بين ما يؤديه المتعاقد وما يتحصل عليه في المقابل.

فالاستغلال يستلزم نظرة نفسية قوامها استغلال حالة نفسية تقوم في الشخص المستغل، وقد اختلف في تحديد هذه الحالة النفسية التي تعترى المتعاقد المستغل، فالمرجع الجزائري حددها في الطيش البين والهوى الجامح في الفقرة 1 من المادة 90 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

وعليه فإن العنصر النفسي للاستغلال في القانون المدني الجزائري يتحقق إذا توافر أحد السببين وهو إما الطيش البين أو الهوى الجامح، وهو في ذلك يتفق مع كل من المشرع المصري والسوري والليبي والكويتي، ويختلف مع المشرع اللبناني الذي توسع في الاستغلال ليشمل ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون، والمشرع العراقي الذي جعلها تتسع لتشمل استغلال حاجة المغبون أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، وكذلك القانون

¹ علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 221-222.

السوداني حيث تشمل استغلال حاجة المغبون أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه أو ما إذا تبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف.¹

كما يختلف مع المشرع المدني التونسي الذي حددها في التغيرير، حيث ينص في الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: (الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغيرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نائبه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي)، أما المشرع المدني المغربي فقد حددها في التدليس حيث جاء في الفصل 55 من قانون الالتزامات والعقود: (الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد)، وهي بذلك تشمل كل الطرق الاحتيالية.

ويلاحظ أن كل من القانون اللبناني والتونسي والمغربي قد جمعت بين أحكام الغبن والاستغلال في نفس المواد، بخلاف المشرعين الجزائري والمصري الذين فصلا بينهما عند تنظيمهما لأحكامهما باعتبارهما نظامين مختلفين.

ومهما اختلفت التشريعات المدنية الحديثة في وصفها وتسميتها للحالة النفسية التي تعترى المتعاقد المستغل، فإنها تجمع على تأثير هذه الحالة على إرادة المتعاقد وتشكيلها ضغطا عليه لحمله على إبرام العقد، وينجر عنها تكبده لخسارة كبيرة بين ما يؤديه وما يحصل عليه في المقابل.

وكما أسلفنا فإن المشرع الجزائري قد حصر الاستغلال في حالتين نفسييتين هما الطيش البين، والهوى الجامح، وعليه سنحاول توضيح هاتين الحالتين تباعا:

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 292.

2.1. الطيش البين كعنصر نفسي للاستغلال

يعرف الطيش بأنه: "قصور في شخصية الفرد يحول بينه وبين حسن تقدير الأمور، إذ يدفع إلى التسرع والخفة الزائدة".¹

كما يعرف بأنه: "الخفة الزائدة، والتسرع الذي يصاحبه التهور وعدم التبصر، وما ينجر عنه من عدم الاكتراث بالعواقب وسوء النتائج، والوقوف عند النزوة العاجلة العابرة التي تدفع بالمتعاقدين إلى التعاقد".²

فالطيش هو عدم القدرة على التمييز، أو نوع من الحماس، فالشخص الطائش لا يزن عواقب تصرفاته، ويرى فقط الجانب الإيجابي منها، دون الجانب السلبي، لذلك يتفق الفقه على وجوب إحاطة الطائش بحماية من تصرفاته المتسعة ضمن عيوب الإرادة باعتباره حالة نفسية تعتري إرادة المتعاقد،³ ولا يشترط أن يكون الشخص معروفا بالطيش،⁴ حيث أن العبرة بالطيش أن يكون متوافرا أثناء إبرام العقد محل عيب الاستغلال.

وزيادة على ذلك فقد اشترط المشرع المدني الجزائري في الطيش أن يكون بينا، بحيث يجب أن يكون واضحا ومعروفا في الشخص الذي يعاني منه، وأن يكون من السهل على الأشخاص الذين يتعاملون معه تبينه، أما إذا لم يكن الطيش بينا ولم يظهر المتعاقد أي أمارة تدل على أن طيشا يشوب إرادته، ولم يتبين للمتعاقد الآخر أثناء التعامل معه أي دليل على

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 287.

² العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 258.

³ عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 120.

⁴ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، المرجع السابق، ص

أنه طائش، فطبقا لقواعد العدالة لا يجوز أن يؤخذ الشخص بشيء لا يعلم عنه شيئا ويجعله تاما، ووجب ضمانا لاستقرار المعاملات ألا يكون العقد عرضة للإبطال.

2.2. الهوى الجامح كعنصر نفسي للاستغلال

الهوى هو: "تسلط العاطفة والرغبة الشديدة بما يعكس ضعف الإرادة وعجزها عن تحكيم العقل"،¹ فهو الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسه فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون أن يستطيع المناقشة أو الخيار.²

وقد اشترط المشرع المدني الجزائري في الهوى أن يكون جامحا، بمعنى ألا يكون في الإمكان مقاومته أو تلافيه، بحيث يؤثر على إرادة المغبون فيعييبها دون أن يعدمها كلية.³

وهو بذلك الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد، والتي لا يستطيع كبحها، والتي تسلبه إرادته، فيندفع إلى التصرف عاطفيا، بدون إرادة حكيمة وسديدة، ومثال ذلك: الشخص الذي يولع بسيارة معينة فيعرض عليه مالكا ثمنا باهظا يفوق بكثير ثمنها الحقيقي، فيقبل شرائها مدفوعا برغبته الشديدة،⁴ فالشخص هنا يقدم على إبرام العقد بناء على ظروفه الشخصية، بحيث يقبل دفع ثمن أكبر من قيمة الشيء وذلك لأنه واهم في قيمته أو مخدوع فيها أو مضطر إلى إبرام العقد.⁵

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 287-288.

² عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 121.

³ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 101.

⁴ العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 259.

⁵ خليفة بوداود وفواز لجلط، قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، ع02، ديسمبر 2020، ص 45.

وفي سياق التمييز بين الطيش البين والهوى الجامح يوجد العديد من الفقهاء من لا يفرق بين فكرتي الطيش البين والهوى الجامح، ومنهم أوسيبو Ossipow الذي يرى أن: "فكرة الطيش البين تظهر إذا تعاقد الشخص بحماس مدفوع بهوى شديد".¹

وعملياً فإنه لا يوجد معيار للتمييز بينهما، فكلاهما حالتان ذهنيّتان تقومان في نفس التعاقد، تدفع التعاقد إلى إبرام عقد يترتب عنه تفاوت مادي فاحش بين ما يقدمه وما يتحصل عليه في المقابل.

وأياً كان نوع النقص الذي يعاني منه التعاقد المُستغل، فيجب أن يكون معروفاً من الطرف الآخر، وأن يقصد هذا الأخير استغلاله لصالحه،² أما إذا كان التعاقد لا يعلم شيئاً من ذلك، فالعقد صحيح لعدم توافر الاستغلال.³

المطلب الثاني: التمييز بين نظريتي الغبن والاستغلال

للتمييز بين نظريتي الغبن والاستغلال، ارتأينا تخصيص (الفرع الأول) لتطور الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال، ثم التطرق إلى الفرق بين نظريتي الغبن والاستغلال في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تطور الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال

الغبن مشكلة اجتماعية لم يتوصل القانون إلى إيجاد حل مرض لها، فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة، فإذا ساد المذهب الفردي وما يتبعه من سيطرة مبدأ

¹ عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 121-122.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، المرجع السابق، 1983، ص 117.

³ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 101.

سلطان الإرادة لا يقام وزن للغبن، أما إذا انحسر المذهب الفردي ضعف مبدأ سلطان الإرادة وتدخل القانون لمنع الغبن، ففي القديم كان الرومان متشبعين بروح الفردية لذلك لم يكن القانون الروماني يقيم وزناً للغبن، ولما ساد القانون الكنسي أوروبا في القرون الوسطى انحسرت روح الفردية بالرغم من سواد مبدأ سلطان الإرادة منذ ذلك الوقت، فقد قيد رجال الكنيسة هذا المبدأ بالعدالة وحماية الطرف الضعيف من استغلال القوي، وتوسعوا في نظرية الغبن فحرموا الربا في عقود القرض، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره، وسموه بالثمن العادل *juste prix* وبالأجر العادل *juste salaire*¹، أما الشريعة الإسلامية فقد عينت حالة واحدة من الغبن وهي العقود الربوية، فحرمت الربا وتعقبتها².

ولما ظهر المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي شجع على حماية الطرف الضعيف من الاستغلال، فأخذت النظرية المادية للغبن تتطور في التشريعات الحديثة إلى نظرية نفسية للاستغلال بوصفه عيباً من عيوب الإرادة، وترتب على ذلك أن أصبح المعيار في نظرية الاستغلال معياراً شخصياً، يعتد فيه بقيمة الشيء الشخصية، وهي قيمته في اعتبار المتعاقد، ودرجة الاختلال لا تقف عند رقم معين، وإنما تخضع لمعيار مرن يوجب أن يصل هذا الاختلال إلى حد غير مألوف، وفضلاً عن هذا الاختلال لابد من أن يكون هناك استغلال لضعف معين في المتعاقد المغبون يؤثر على إرادته في دفعه إلى التعاقد³.

ويرجع تطور النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال كذلك بسبب عدم مرونتها، فهي لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي، لذلك أضاف إليها الفقه العنصر النفسي الذي يقوم على النظرة الشخصية لقيمة الشيء بالإضافة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص 447-448.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 292.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 287.

إلى العنصر المادي المتمثل في عدم التعادل في قيمة ما يؤديه المتعاقد وما يحصل عليه في المقابل، وأصبحت نظرية الغبن الاستغلالي نظرية عامة تنطبق على جميع العقود بخلاف نظرية الغبن المادي أو المجرد، التي تقوم على أساس مادي بحت، العبرة في تحديده بالقيمة المادية للشيء لا بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد، وهو عيب قائم بذاته وليس عيبا من عيوب الرضا، وبالتالي لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها القانون، كما أنها نظرية فيها مزية التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار المعاملات، وهي تقتضي لإيجاد الغبن مجرد عملية حسابية بسيطة بين ما أداه المتعاقد وما حصل عليه.

وقد اعتنقت نظرية الاستغلال أغلب التشريعات الحديثة، كالقانون المدني الألماني في المادة 138 منه التي تقضي ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء، والقانون المدني السويسري في المادة 21 منه التي تقضي بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة،¹ وكذا القوانين العربية كما سبق بيانه.

الفرع الثاني: الفرق بين الغبن والاستغلال

إن أحد صفات الباحث القانوني المتميز هو براعته في التفرقة بين الغبن والاستغلال، ويجب على القاضي خصوصا أن يكون على دراية كافية بالفرق بينهما، وذلك لتطبيق

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 292-293.

النصوص القانونية المناسبة، والعمل على إعادة التوازن المالي للعقد باختيار الوسيلة المناسبة لكل حالة.

وفيما سيأتي سنبين أوجه التشابه (أولا)، ثم أوجه الاختلاف (ثانيا).

أولا: أوجه التشابه بين الغبن والاستغلال

يشارك الغبن والاستغلال في بعض النواحي، تتعلق خصوصا بعدم التعادل المادي أو التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين، وسنحاول توضيحها في النقاط التالية:

- يترتب عن كل من الغبن والاستغلال عدم التعادل المادي بين ما يؤديه أحد المتعاقدين وما يحصل عليه في المقابل.
- يؤدي كل من الغبن والاستغلال إلى اختلال التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد، فهما سببان لاختلال التوازن المالي للعقد.
- يترتب كل من الغبن والاستغلال حقا للطرف المغبون أو المُستغل قبل الغبن أو المُستغل يتمثل في المطالبة بتعديل العقد لصالح التوازن المالي للعقد.
- يمنح اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الغبن أو الاستغلال سلطة استثنائية للقاضي في التدخل في العقد لإعادة توازنه المالي.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الغبن والاستغلال

بالرغم من أوجه التشابه بين الغبن والاستغلال إلا أنهما يختلفان في العديد من النواحي، نحاول إبرازها في النقاط التالية:

- الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة، لأن أحد المتعاقدين يستغل ضعفا في الطرف الآخر لحمله على إبرام العقد، أما الغبن فهو عيب في العقد وليس عيبا في

- الإرادة، فعدم التعادل بين ما قد يعطيه المتعاقد وما قد يحصل عليه قد يرجع لعدة أسباب كنقص الخبرة في مجال العقارات مثلا، أو لعدم معرفة سعر السوق وغيرها، ولكنه ليس عيبا متصلا بإرادة المتعاقد، فالغبن منفصل تماما عن إرادة المتعاقدين.
- الاستغلال هو الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من ناحية من نواحي الضعف الإنساني في المتعاقد، يجعله يرتضي تصرفا يؤدي به إلى خسارة فادحة،¹ أما الغبن فلا يدخل فيه قصد المتعاقد مطلقا، حيث يمكن أن يقع المتعاقد في غبن فادح دون قصد من المتعاقد الآخر.
- نظرية الاستغلال هي نظرية نفسية وإن كان أثرها يظهر في عدم التعادل بين أداءات المتعاقدين، أما نظرية الغبن فهي مادية بحتة وليس لها عنصر نفسي.
- الغبن خلافا للاستغلال لا يؤثر في صحة الرضا ولا يؤثر في صحة العقود إلا بعضا منها ذكر على سبيل الحصر.²
- مجال نظرية الغبن هو عقود المعاوضة، بينما يشمل الاستغلال عقود المعاوضة والتبرع والاحتمالية أيضا، فالاستغلال أعم من الغبن.
- الاستغلال يمنح مجالا أوسع للطرف المُستغل في العقد في المطالبة القضائية، فله أن يطالب بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته، كما يجوز للطرف المُستغل عرض ما يراه كافيا لتجنب إبطال العقد، بينما ينحصر حق الطرف المغبون في المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل في الغبن في العقار، والحق في نقض القسمة عندما يتعلق الأمر بالغبن في القسمة الرضائية، كما يمكن للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة أن يكمل نصيب الطرف المغبون لتجنب نقض القسمة وإعادتها من جديد.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 387.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص 453.

- تختلف آجال رفع دعوى الاستغلال عنها في دعوى الغبن، فقد حدد المشرع أجل رفع دعوى الاستغلال في سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد، أما في حالة الغبن في بيع العقار فيثبت للمغبون حق رفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع طبقا للمادة 359 ق.م.ج.¹، بينما الأجل الممنوح للمغبون في القسمة الرضائية فقد تم تحديده بالسنة التالية للقسمة.
- يكلف المدعي في دعوى الغبن بإثبات عدم التعادل بين المبيع والثمن في دعوى تكملة الثمن طبقا للمادة 358 ق.م.ج لأن أساسها مادي، بينما في دعوى الاستغلال القائمة على أساس نفسي، يجب على المدعي إثبات أنه كان تحت وطأة طيش أو هوى أو حاجة ملحة أو ضرورة أو مرض وغيرها من الحالات المشابهة،² إضافة إلى إثبات التفاوت المادي بين ما أداه وما تحصل عليه.
- يعتد في تقدير الاستغلال إذا كان مؤثرا أم لا بقيمة الشيء في نظر المتعاقد، أما تقدير تأثير الغبن فيعتد فيه بقيمة الشيء الذاتية لا بقيمته الشخصية لدى المتعاقد.

المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي المختل بسبب الغبن والاستغلال

تختلف سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي المختل بفعل الغبن عن سلطته إزاء العقد المشوب بعيب الاستغلال، وهذا راجع للاختلاف بين نظامي الغبن والاستغلال، خاصة أن الأول هو عيب في العقد ذاته ومعياره مادي بحت، بينما الثاني هو عيب يعتري إرادة المتعاقد ومعياره نفسي.

¹ محمد حبار، المرجع السابق، ص 290.

² العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 255.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنخصص (المطلب الأول) لسلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن، بينما نتناول في (المطلب الثاني) سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بعيب الاستغلال.

المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن

سنحاول معالجة موضوع سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن من خلال دراسة سلطة القاضي المدني التقديرية في رفع الغبن (الفرع الأول)، وطبيعة هذه السلطة التقديرية في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: سلطة القاضي المدني في رفع الغبن

لدراسة سلطة القاضي المدني في رفع الغبن يجب التطرق (أولا) إلى تحقق القاضي المدني من توافر شروط الغبن، ثم إلى وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن (ثانيا).

أولا: تحقق القاضي المدني من توافر شروط الغبن

يجب على القاضي قبل إعمال سلطته التقديرية بصدد العقد الذي يدّعي أحد أطرافه إصابته بغبن أن يتحقق من توافر الشروط الواجبة في الغبن، وفي القانون المدني الجزائري ويكون ذلك من خلال التحقق أن العقد محل دعوى الغبن يدخل ضمن العقود التي عددها المشرع الجزائري حصرا ويتعلق ذلك بعقدي بيع العقار والقسمة الرضائية، ثم يتأكد أن التفاوت المادي فاحش بين أداءات المتعاقدين، وأخيرا يقوم بتقدير قيمة الشيء محل الغبن الذي يجب أن يتم في وقت إبرام العقد.

وفيما يلي سوف نحاول شرح كل شرط على حدى، وكيفية تحقق القاضي من توافره.

1. تحقق القاضي أن العقد يدخل ضمن العقود التي نص عليها المشرع حصرا

الغبن المجرد من الاستغلال تم النص عليه استثناء في بعض العقود التي نص عليها المشرع على سبيل الحصر، فالمشرع المدني الجزائري حصرها فقط في عقدي بيع العقار والقسمة الرضائية.

أما العقود الأخرى فمهما بدا للقاضي التفاوت المادي بين أداءات أطرافها والخسارة التي لحقت أحد أطرافه، فلا يمكن للقاضي التدخل في إطار الغبن المادي، لإعادة توازنها المالي سواء عن طريق زيادة أعباء الطرف الآخر في العقد، أو تخفيف التزام الطرف المغبون،

إلا أن بعض التشريعات العربية لم تحصر مجال تطبيق الغبن على عقود معينة، ولكنها حصرت على فئة معينة من الأشخاص وهي فئة القصر في قانون الموجبات اللبناني¹، وفئة القصر وناقصي الأهلية في كل من مجلة الالتزامات التونسية²، وقانون الالتزامات والعقود المغربي³، الذين أجازا إبطال العقد لصغر السن أو نقص الأهلية ولو تم العقد بحضور وليه أو وكيله أو غيره، أما الراشد فلا يجوز له الادعاء مطلقا بالغبن مهما كان التفاوت المادي والخسارة التي أصابته فاحشة.

أما القانون المدني المصري وهو أقرب التشريعات للقانون المدني الجزائري، وإن كان يتفق معه في حصر تطبيق مجال الغبن على بعض العقود، فقد خالفه في مجال تطبيق الغبن على العقار، حيث حصر مجاله في بيع العقار الذي يكون مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد عن الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل).

¹ المادة 214 من قانون الموجبات اللبناني، المرجع السابق.

² الفصل 61 من مجلة الالتزامات التونسية، المرجع السابق.

³ الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق.

2. التفاوت المادي الفاحش بين أداءات المتعاقدين

ينقسم الغبن إما إلى يسير يتسامح فيه الناس عادة، ولا يشكل عقبة في المعاملات، بل قد يكون مطلوباً أحياناً لانتعاش الحياة الاقتصادية وزيادة تداول السلع والبضائع بين الناس، وإما غبن فاحش لم تجر عادة الناس على التعامل فيه،¹ فالغبن هو أمر يصعب تقاويه فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي.²

إذا فليس كل خسارة مالية أو تفاوت مالي بين أداءات المتعاقدين يشكل سبباً لتدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد، بل يجب أن يكون هذا التفاوت فاحشاً، وبما أن مصطلح "فاحش" لا يمكن الوصول إلى معناه بالتدقيق لتباين حالات الغبن واختلافها من قضية إلى أخرى، لذلك وقصد تسهيل مهمة القضاء ومنعه من التأويل فقد حددت مختلف التشريعات التي نصت على الغبن كسبب يجيز تدخل القاضي في العقد، على نسبة معينة لحساب الغبن الذي يخول تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد، وتختلف هذه النسبة من تشريع لآخر.

وقد حدد التشريع الجزائري نسبة الغبن في بيع العقار بخمس 5/1 ثمن العقار المبيع في المادة 358 ق.م.ج، وهي نفس النسبة في الغبن في القسمة الرضائية طبقاً للمادة 732 من نفس القانون، وهو نفس المبدأ المعمول به في القانون المدني المصري في المادتين 425 و 845 ق.م.م المتعلقتين بالغبن في بيع العقار والغبن في القسمة بالتراضي على التوالي.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد نسبة الغبن في بيع العقار بسبعة على اثني عشر 12/7 ثمن العقار في المادة 1674 ق.م.ف، و حدده بالربع 4/1 في القسمة طبقاً للمادة 889 من نفس القانون، أما بالنسبة لتصرفات القاصر فلم تحدد المادة 1/149 نسبة معينة

¹ عزيز كاظم جبر الخفاجي، المرجع السابق، ص 21.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 291

للغبن،¹ وعليه فتصرف القاصر الذي ينطوي على خسارة للقاصر يكون محلاً لإعمال نظرية الغبن مهما كانت قيمة الخسارة المادية التي لحقت.

وهو نفس ما نص عليه المشرع اللبناني في قانون الموجبات اللبناني فلم يحدد مطلقاً نسبة الغبن، وعليه يمكن للمتعاقد القاصر الذي يدعي غبناً أن يطلب إبطال العقد مهما كانت نسبة الغبن قليلة أو مرتفعة.

وحدد المشرع المغربي نسبة الغبن بالثلث $3/1$ بين القيمة المذكورة في العقد والقيمة الحقيقية للشيء، والمشرع التونسي بأكثر من الثلث $3/1$ من الفرق بين القيمة المذكورة في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

ويعول لتقدير نسبة الغبن رجوع القاضي المدني إلى سعر السوق الحالي بشهادة أهل الخبرة،² لمعرفة ما إذا كان هناك فرق بين الثمن وقيمة الشيء، فإذا عرف القاضي سعر السوق سهل عليه الأمر لمعرفة ما إذا كان هناك محل للغبن أم لا، وذلك بإجراء عملية حسابية بسيطة، وذلك بطرح ثمن العقار أو نصيب المقاسم حسب الحالة من سعر السوق، فإذا وجد أن الفارق يساوي نسبة الغبن المحددة قانوناً قضى بأن بقيام الغبن وثبت حق المتعاقد المغبون في تكملة الثمن في بيع العقار، وفي نقض القسمة إذا تعلق الأمر بالغبن في القسمة بالتراضي.

ولتحديد نسبة ثابتة لقياس قيمة الغبن مزايا وعيوب، تتمثل المزايا في ضمان استقرار العقود وجعلها في منأى عن المطالبات بزيادة التزامات الأطراف كلما تبين لأحد المتعاقدين أن هناك تفاوتاً بين ما أداه وما حصل عليه في المقابل، وحصر مجال الغبن في التفاوت الفاحش، لأن التفاوت الطفيف والضئيل هو سمة عادية في أغلب العقود ويستدعي التسامح.

أما عيوب تحديد نسبة ثابتة للغبن فتتمثل في حرمان شريحة لا بأس بها من المتعاقدين من تكملة الثمن بسبب عدم وصول نسبة الغبن للحد الذي حدده القانون مهما

¹ أنظر الصفحة 26 و 27.

² عثمان ميرغني علي بلال، المرجع السابق، ص 287.

كانت نسبة خسارتهم كبيرة، كما أنها ليست وسيلة مثالية لضمان حماية الطرف الضعيف في العقد، وإعادة التوازن المالي للعقد.

3. وقت تقدير القاضي المدني للغبن

تتفق التشريعات التي تأخذ بالغبن المادي المجرد بأن الوقت الذي تقدر فيه قيمة الأشياء أو الخدمات، يجب أن يكون بالنظر إلى قيمتها وقت التعاقد، فإذا كانت قيمة أداءات طرفي العقد متكافئة وقت التعاقد، فلا يعتد بأي تغيير يطرأ بعد ذلك، ولا أثر لزيادتها بعده ولو قبل علمه، لأنها حصلت في ملكه.¹

والمشرع المدني الجزائري لم يشذ عن هذه القاعدة سواء في الغبن في بيع العقار أو في الغبن في القسمة الرضائية، وحدد وقت تقدير الغبن بأنه تاريخ إبرام عقد بيع العقار وتاريخ وقوع القسمة، أي أن العقار أو الشيء محل القسمة يتم تقدير قيمته في تاريخ البيع أو القسمة، لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد عن خمس 5/1 ثمن العقار أو الشيء محل القسمة، وفي ذلك قررت المحكمة العليا أنه يجب تقييم قيمة العقار وقت البيع لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، وذلك في القرار رقم 245195 بتاريخ 2000/09/12 الذي جاء فيه أنه: "حيث أنه كان من الواجب على هؤلاء القضاة التقيد بما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 358 من القانون المدني، وذلك بتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس بناء على تقييم العقار بحسب قيمته وقت البيع. وعلى هذا الأساس كان ينبغي على قضاة الدرجة الثانية العمل على تقييم العقار المبيع بحسب قيمته في خلال سنة 1993 وهي سنة البيع المتنازع من أجله، وأن يمتنعوا عن تحيين هذه القيمة بعد هذا التاريخ"²

وبوافق في ذلك المشرع المصري بالنسبة للغبن في بيع العقار طبقا للمادة 2/425 ق.م.م: (ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)، وبالنسبة للقسمة بالتراضي بموجب المادة 1/845 منه: (...على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة).

¹ رياض حسين أبو سعيدة، المرجع السابق، ص 48.

² القرار رقم 245195 بتاريخ 2000/09/12، المجلة القضائية، ع 02، الجزائر، 2001، ص 137-141.

كما يتفق معه في ذلك المشرع المدني الفرنسي في المادة 1/1675 ق.م.ف التي تنص على أنه: (لمعرفة إذا ما كان هناك غبن أكثر من 12/7، يجب تقدير العقار طبقاً لحالته وقيمته في وقت البيع).¹

ولأن عقد بيع العقار في القانون المدني الجزائري هو عقد شكلي، يستلزم زيادة على الأركان الثلاثة الواجبة توافرها في العقد (التراضي، المحل والسبب)، وجود ركن رابع ألا وهو إفراغ إرادتي المتعاقدين في شكل يحدده القانون، أمام موظف أو ضابط عمومي يمنحه القانون صلاحية تحرير العقود، لذلك فإن الأمر يقتضي منا التريث وأن نشرح بإيجاز الشكلية في عقد بيع العقار، للتمكن من تحديد وقت تحديد الغبن.

فالمشرع المدني الجزائري قد كرس مبدأ رضائية العقود كمبدأ عام في التعاقد بموجب المادتين 59 و 60 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه استثنى بعض الحالات منها على وجه الخصوص العقود الواردة على العقار، التي فرض فيها توافر الشكلية كركن لانعقاد العقد وليس فقط لصحته، ويترتب على تخلف هذا الركن البطلان المطلق، وذلك نظراً لأهمية العقود الواردة على العقار الذي يتميز بارتفاع قيمته في المجتمع ككل وليس بالنسبة للمتعاقدين فقط، سواء من الناحية المادية أو المعنوية، فناهيك عن أهميته المادية بفضل الارتفاع السنوي المستمر لأثمان العقار، فهو يمثل أرض الأجداد التي يزرعها الإنسان والسكن الذي يؤويه، والمحل الذي يمارس فيه مهنته وحرفته... وغير ذلك، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على إخضاع العقود الواردة على العقار للشكلية، وذلك بموجب المادة 324 مكرر 1/1 من ق.م.ج التي جاء فيها: (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).

¹ Art 1675/1: (Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente), code civil français, Op-Cit.

ويهدف المشرع الجزائري لتحقيق ثلاثة أغراض من خلال فرضه للشكالية في العقود الواردة على العقار وبالأخص عقود بيع العقار، يتمثل الهدف الأول في خدمة مصلحة المتعاقدين، وذلك بغرض حمايتهما من التسرع في إبرام العقود دون تفكير كاف، كما توفر لهما الشكالية في نفس الوقت وسيلة إثبات عند الحاجة، ويتمثل الهدف الثاني في مراقبة المعاملات الواردة على العقار من قبل السلطة العامة، لاسيما مع ظهور الدولة المتدخلة وتبني الجزائر نظام الاقتصاد المخطط، فأصبحت العقود الهامة ومنها عقود بيع العقار تخضع للشكالية وذلك تحت طائلة البطلان، إضافة إلى إجراء الإشهار العقاري في وقت لاحق عن إبرام عقد بيع العقار، أما الهدف الثالث فهو حماية المستهلك إذ تمكنه الشكالية من التعرف على حقوقه وواجباته بصفة واضحة، من خلال البيانات التي يتضمنها العقد وجوبا، ومن ثم تكون حتما مكتوبة،¹ وعلى سبيل المثال عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم الذين يجب أن يتضمنا مجموعة من المعلومات طبقا للقانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث جاء في المادة 30 منه أنه: (يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء).²

والمشرع لم يكتف عند بيع العقار بإفراغ إرادتي المتعاقدين في شكل محدد فقط، بل اشترط زيادة على ذلك وجوب قيام المتعاقدين بإشهار هذا التصرف القانوني،³ وقد عرف الدكتور علي فيلالي الإشهار العقاري بأنه: "إشهار الحقوق العينية الأصلية وقيد الحقوق العينية التبعية الواردة على العقارات في السجل العقاري، من قبل المحافظ العقاري الذي

¹ علي فيلالي، العقود الخاصة - البيع -، المرجع السابق، ص 172.

² قانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادرة في 1 ربيع الثاني 1432 الموافق 6 مارس 2011.

³ مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني (أحكام الالتزام) السداسي الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،

2020/2019، ص 6.

يتولى فحص ومراقبة مطابقة البيانات، وذلك بطلب من ذوي الشأن أو الضباط أو الموظفين العموميين المخولين قانوناً¹.

وبما أن عقد بيع العقار هو عقد شكلي كما وضعنا يطرح تساؤل حول الوقت الذي يعتد به في تقدير قيمة الغبن هل بوقت الاتفاق على بيع العقار، أم بوقت إفراغ المتعاقدين لإرادتهما أمام الموثق، أم بوقت إشهار العقد؟

بالرغم من أننا لم نجد إجابة صريحة في القانون حول هذا الموضوع، وإثبات الواقع العملي تأخر الإجراءات الشكلية عن مرحلة توافق إرادتي البائع والمشتري، إلا أنه استناداً إلى المنطق، وصعوبة إثبات وقت توافق إرادتي المتعاقدين، فإنه يمكن القول أنه يعتد بوقت القيام بالإجراءات الشكلية لعقد البيع لحساب وقت الغبن، لأن عقد بيع العقار هو عقد شكلي، والشكلية هي ركن من أركانه لا يقوم العقد إلا بها، وليست فقط شرطاً لصحته، يترتب على تخلفها البطلان المطلق، وعليه يبدأ حساب مدة تقادم دعوى تكملة الثمن في بيع العقار منذ إتمام الإجراءات الشكلية المتعلقة بإبرام عقد بيع العقار، ويسري الأمر ذاته على القسمة الواردة على العقار، أما القسمة التي يكون محلها منقولات فيبدأ حساب مدة تقادم دعوى نقض القسمة من تاريخ إبرام عقد القسمة الرضائية.

أما فيما يخص إجراءات شهر العقار، فليست ركناً من أركان العقد، إنما هي وسيلة قانونية يراد بها إبلاغ كافة الناس بالتصرفات القانونية الواردة على العقار، وعليه فلا يعتد بها في حساب تقادم دعوى الغبن.

ثانياً: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن

الأصل أن المغالبة لا بد منها، لأن كل من البائع والمشتري يهدف إلى تحقيق الربح من وراء إبرامه العقد، والشارع لم ينفه عن الربح في البيع والشراء ولم يحدد له قدراً، وإنما

¹ علي فيلاي، العقود الخاصة - البيع، المرجع السابق، ص 184-185.

ينهى عن الغش والتدليس، ومدح السلعة بما ليس فيها، وإخفاء ما بها من عيوب،¹ إلا أنه إذا وصلت درجة الغبن إلى حد يخل مع التوازن المالي للعقد، هنا وجب التدخل لإنصاف الطرف المغبون وإعادة الأمور إلى نصابها، لأن العقد يفترض فيه أنه يقوم على أساس المساواة بين أطرافه، حتى وإن لم تكن مساواة حسابية فعلية، وبناء على ذلك منح المشرع قاضي الموضوع سلطة التدخل لرفع الغبن عن الطرف المغبون إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً والتي سبق شرحها.

وتختلف الوسائل المتاحة للقاضي المدني الجزائري لإعادة التوازن المالي للعقد بين صورتَي الغبن المنصوص عليهما في القانون المدني الجزائري، وعليه سنتناول وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن في بيع العقار، ثم وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن في القسمة بالتراضي:

1. وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن في بيع العقار

يخول الغبن في بيع العقار للطرف المغبون المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد عن طريق زيادة الالتزام المقابل، وذلك خلافاً لأسباب اختلال التوازن المالي للعقد الأخرى التي لا تجيز عموماً تدخل القاضي بزيادة التزامات الطرف الآخر في العقد حتى وإن كان ذلك يحقق إعادة التوازن المالي للعقد كما سنرى لاحقاً.

وتعد دعوى تكملة الثمن في عقد بيع العقار صورة لزيادة الالتزام المقابل وقد أخذ بها المشرع المدني الجزائري صراحة في المادة 358 ق.م.ج السالفة الذكر، بحيث حصر طلب المدعي بالغبن أي البائع في بيع العقار في المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس $\frac{5}{4}$ ثمن المثل.

¹ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2001، ص 565.

وبمفهوم المخالفة لا يجوز لبائع العقار المغبون أن يطلب إبطال العقد، أو إنقاص التزاماته، لأن إبطال العقد ينجر عنه إعدام العقد وإنهاؤه وبالتالي لا يخدم إعادة التوازن المالي للعقد الرامية إليها دعوى الغبن، أما إنقاص التزامات البائع فيترتب عنها تعديل أو تغيير محل العقد، كاستبدال منزل بشقة أو غيرها مما يكون أقل ثمنا من العقار محل الغبن، وهذا يتطلب تراضيا جديدا حول المحل الجديد، وهذا ما يتنافى مع إعادة التوازن المالي للعقد، لأن تعديل المحل يؤدي بصورة غير مباشرة إلى إنهاء العقد الأول وإنشاء عقد جديد، والمقصود من الدعوى هو إعادة التوازن المالي للعقد الأول، كما أن هذه الوسيلة ليست عملية فيما يخص العقارات والأشياء المعينة بالذات عموما.

وإذا ثبت للقاضي أن الغبن ثابت يحكم لصالح المتعاقد المغبون بإلزام المشتري بتكملة الثمن في حدود أربعة أخماس $5/4$ ثمن المثل، وهذا طبقا لصريح المادة 358 ق.م.ج التي إضافة إلى تحديدها لنسبة الغبن في بيع العقار، فقد حددت نسبة زيادة التزام المتعاقد الآخر أيضا، وهو تكملة الثمن إلى أربعة أخماس $5/4$ ثمن المثل، وليس تكملته ليكون مساويا للثمن الحقيقي للعقار.

وهو نفس النهج الذي أخذت به معظم التشريعات العربية المقارنة التي تتبنى نظرية الغبن كالمشرع المصري في الفقرة 1 من المادة 425 ق.م.م السالفة الذكر.

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول رفض المشتري تكملة ثمن العقار إلى أربعة أخماس ثمن المثل؟ لا يوجد نص صريح يحدد كيفية التعامل مع هذه الفرضية، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم نظرية العقد، فيجوز للمتعاقد المغبون طلب فسخ العقد، بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، المتمثل في هذه الحالة في دفع الثمن إذا أحجم عن دفعه بعد القضاء به من طرف المحكمة.

أما القانون المدني الفرنسي فقد منح للطرف المغبون إمكانيتين، الأولى هي فسخ العقد بسبب التفاوت المادي بين قيمة العقار والتمن الذي قبضه البائع، والثانية تتمثل في التصريح بالتنازل عن الفسخ وقبول تكملة الثمن، طبقا للمادة 1674 منه التي تنص على أنه: (إذا أصاب البائع غبن بأكثر من 12/7 من ثمن العقار، فله الحق في طلب فسخ عقد البيع، ومع ذلك فله أن يتنازل صراحة عن حقه في طلب الفسخ، والتصريح بمنحه فائض القيمة)¹.

كما منح المشرع الفرنسي المشتري أيضا إذا ثبت الغبن بموجب دعوى الفسخ، الحق في الخيار بين إرجاع الشيء المبيع واسترجاع ما دفعه من نقود، أو الإبقاء على المال وتكملة الثمن الإضافي مع خصم عشر 10/1 الثمن الإجمالي، وذلك طبقا للمادة 1681 ق.م.ف التي تنص على أنه: (إذا كانت دعوى الفسخ مقبولة، فإن للمشتري الخيار إما في إرجاع الشيء واسترجاع الثمن الذي دفعه، وإما الاحتفاظ بالمال بتكملة الثمن العادل، تحت خصم عشر 10/1 الثمن الإجمالي)².

وبالنسبة للقانون المدني الألماني فقد منح القاضي سلطة إبطال العقد المشوب بالغبن دون إمكانية أخرى، وكما قلنا سابقا فإن النص على الغبن قد جاء عاما ولم يقتصر على فئة أو عقد معين، كما أن نص المادة 138 من القانون المدني الألماني في الحقيقة متعلق ببطلان التصرف القانوني المخالف للآداب العامة، حيث جاء فيها: (التصرف القانوني المخالف للآداب العامة يعد باطلا، يعد باطلا بشكل خاص كل تصرف قانوني تم بالاستفادة

¹ Art 1674 : (Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value),code civil français, Op-Cit.

² Art 1681 : (Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total),Ibid.

من حالة إكراه، أو قلة خبرة، أو عدم قدرة على التصرف، أو ضعف في التفكير لدى شخص آخر).¹

2. وسائل إعادة التوازن المالي بسبب الغبن في القسمة بالتراضي

تتمثل وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن في القسمة بالتراضي في القانون المدني الجزائري في وسيلتين هما نقض القسمة، وإكمال نصيب المتعاقد المغبون سنحاول شرحهما فيما يأتي:

2.1. نقض القسمة

على خلاف الغبن في بيع العقار فإن الإبطال للغبن مقبول في القسمة، بغض النظر عن نوع المال أكان عقارا أم منقولاً،² فالغبن في القسمة يجعل العقد قابلاً للإبطال عن طريق رفع دعوى نقض القسمة من طرف الشريك المغبون، وبصدور الحكم بإبطالها تعد كأن لم تكن.³

طبقاً لنص المادة 732 ق.م.ج السالفة الذكر فإن المشرع المدني الجزائري قد حصر حق الطرف المغبون في القسمة بالتراضي في طلب نقض القسمة فقط، دون إمكانية أخرى، فلم يخوله طلب زيادة التزامات باقي المقاسمين كما هو الحال بالنسبة للغبن في بيع العقار، الذي يخول المتعاقد المغبون زيادة التزامات المشتري بموجب دعوى تكملة الثمن.

أما المشرع المدني اللبناني فقد رتب على الغبن عامة سواء كان لبيع أو قسمة أو غيرها قابلية العقد للإبطال، باعتباره لا يحدد الغبن في عقد معين بل بفئة معينة من الأشخاص وهم القصر، لأن قانون الموجبات اللبناني يعتبر الغبن عيباً من عيوب الرضا

¹ أحمد الحراكي، "الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني (دراسة مقارنة تحليلية نقدية)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 21، ع 01، دمشق سوريا، 2005، ص 122.

² جاك غيستان، المرجع السابق، ص 862.

³ مريم تومي، المرجع السابق، ص 132.

بموجب المادتين 233 منه التي جا فيها: (يكون إبطال العقد على الدوام من أجل عيب أصلي لحقه وقت إنشائه (كالغلط والخداع والإكراه والغبن وعدم الأهلية)، والمادة 214 منه السالفة الذكر التي جاء فيها أن الغبن يفسد الرضا إذا كان المغبون قاصرا ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال.

ويبدو لأول وهلة أن إبطال عقد القسمة بسبب الغبن ليس من شأنه أن يعيد التوازن المالي للعقد بل إنهاء العقد وإعدامه، إلا أن القسمة سوف تعاد من جديد وأكد سوف يتحرى المقاسمون أن يأخذ كل مقاسم حصته الكاملة والمساوية لباقي المقاسمين، وبالتالي فإن إبطال القسمة يعمل بطريقة غير مباشرة على إعادة التوازن المالي للعقد.

2.2. زيادة التزامات المدعى عليه

كما ذكرنا فإن المشرع حصر حق الطرف المغبون في القسمة بالتراضي في نقض القسمة فقط، وبالتالي فلا يمكنه أن يطلب زيادة التزامات باقي المقاسمين، ومطالبتهم بزيادة نصيبه، ويجب على القاضي في هذا الصدد أن يتقيد بنص المادة 732 ق.م.ج، ولا يتجاوزها برفض النقض واستخدام سلطته التقديرية بزيادة التزامات باقي المقاسمين، لأن ذلك يعتبر تجاوزا للسلطة وخرقا لقاعدة قانونية.

إلا أن المشرع المدني الجزائري قد منح في المقابل المدعى عليه في دعوى نقض القسمة الحق في توقي نقض هذه الأخيرة، وذلك بإيقاف سريانها ومنع القسمة من جديد، إذا أكمل النقص الذي يشوب حصة المدعى عليه، وذلك إما نقدا أو عينا.

فالمدعى عليه ليس من مصلحته نقض القسمة وإعادتها من جديد، نظرا لطول مدة الإجراءات وأعباء وتكاليف إجراء القسمة، كما أنه يكون قد اكتسب حقوقا من القسمة الجارية ولا يريد التفريط فيها، وبحكم أن هذه القسمة مصيرها النقض سوف يفقدها، وعليه أجاز له المشرع طبقا للفقرة 2 من المادة 732 ق.م.ج إكمال حصة المقاسم المغبون إما نقدا أو

عينا، وهنا لم يستلزم القانون نسبة محددة لهذه الزيادة، والراجح أن تكون هذه الزيادة مساوية لباقي حصص المقاسمين، أو وفقا للأنصبة المحددة شرعا إذا تعلقت القسمة بحقوق ميراثية. وسلطة القاضي إزاء زيادة التزامات المدعى عليه محدودة في تقدير مدى كفاية أو عدم كفاية ما يقدمه المدعى عليه لإكمال نصيب الطرف المغبون في القسمة بالتراضي، ولا تتعدى هذه السلطة إلى تقييد المدعى عليه بوسيلة معينة لإكمال نصيبه، لأن المادة 732 ق.م.ج نصت على حرية المدعى عليه في اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لإكمال نصيب المدعي وذلك إما نقدا أو عينا، فالقانون لم يفرض عليه إكمالها بطريقة معينة وإنما يجوز له الاختيار بين هاتين الوسيلتين وفقا لقدراته المالية.

ونفس الأمر في القانون المدني الفرنسي، فقد نص هذا الأخير صراحة على منح المدعى عليه في القسمة حق اختيار الوسيلة المناسبة لزيادة نصيب الشريك المقاسم المغبون وذلك إما نقدا، أو تكملة نصيبه عينا، طبقا للمادة 1/889 ق.م.ف التي جاء فيها: (إذا أثبت أحد المقاسمين إصابته بغبن يزيد عن الربع (4/1)، تكون زيادة نصيبه بناء على اختيار المدعى عليه إما نقدا أو عينا).

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني إزاء الغبن

بالرغم من عدم إمكانية تحقيق التوازن التام بين أداءات أطراف العقد، إلا أن العدالة التبادلية اقتضت من المشرع أن يمنح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الغبن أو الضرر المالي الذي أصابه نتيجة التعاقد، إلا أن هذه السلطة في القانون المدني الجزائري مقيدة على غرار العديد من التشريعات الحديثة التي جرى الحديث عنها مسبقا، بالعقود التي حصر المشرع تطبيق نظرية الغبن إزاءها.

وهذا معناه أن سلطة القاضي المدني في القانون المدني الجزائري بشأن تطبيق نظرية الغبن مقيدة بشروط إعمالها، فهي سلطة مقيدة بنوع العقد لأن المشرع حدد عقدين لإعمال

الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد

هذه السلطة هما عقد بيع العقار وعقد القسمة الرضائية، بالإضافة إلى عقد المقايضة حينما تتوفر فيه شروط عقد البيع، أما العقود الأخرى فلا يمكن له التدخل بشأنها حتى وإن تضمنت غبنا فاحشا.

وهي سلطة مقيدة بنسبة محددة من الخسارة، لأن المشرع المدني الجزائري قد أعفى القاضي المدني من أعمال سلطته التقديرية فيما يخص معيار الغبن، فبالنسبة للغبن في بيع العقار حددت المادة 358 من ق.م.ج نسبة الزيادة في قيمة العقار المبيع بأكثر من خمس $\frac{5}{1}$ ثمن العقار، كما حصرت سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الغبن، في تكملة ثمن العقار إلى أربعة أخماس ($\frac{5}{4}$) ثمن المثل، وليس للقاضي أن يزيد أو يخفض لا نسبة الخسارة المحددة في الخمس $\frac{5}{1}$ ، ولا نسبة تكملة الثمن المقدرة بأربعة أخماس $\frac{5}{4}$ ثمن المثل.

وبالنسبة للقسمة الرضائية التي يثبت أحد مقاسميه أنه لحقه غبن يزيد عن خمس $\frac{5}{1}$ ثمن الشيء محل القسمة، فإن سلطة القاضي المدني تنحصر في نقض القسمة فقط، وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل القسمة، ولم يحدد المشرع المدني نسبة معينة لتكملة المبلغ الناقص، وبذلك يجب على المقاسمين إعادة إجراء القسمة سواء بالتراضي بأنفسهم، أو عن طريق القضاء، إلا أنه قد نص في الفقرة الثانية من المادة 732 ق.م.ج على حق المدعى عليه في إيقاف سير الدعوى ومنع القسمة من جديد إذا أكمل الناقص من حصة المدعي نقدا أو عينا، وهنا دور القاضي هنا لا يعدو أن يكون دورا رقابيا في تقدير مدى كفاية أو عدم كفاية ما يقدمه المدعى عليه قصد إكمال النقص الذي يشوب حصة المدعي.

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يبتكر وسائل أخرى لحل النزاعات المتعلقة بالغبن، مهما بدت له نجاعتها في حل مشكلة الغبن وإعادة التوازن المالي للعقد.

كما أن سلطة القاضي إزاء الغبن مقيدة بطلب الأطراف، وعليه لا يجوز للقاضي أن يثير مسألة الغبن تلقائياً، وفي ذلك قضت المحكمة العليا بعدم جواز إثارة الغبن تلقائياً من طرف القاضي، بموجب قرار رقم 410107 الصادر في 2007/07/11 الذي جاء فيه: "...ومن ثم فإن تطبيق قضاة المجلس لنص المادة 732 من القانون المدني يعد خرقاً للقانون، ولإثارتهم تلقائياً مسألة الغبن التي لا تكون إلا إذا كانت القسمة صحيحة، وتمسك أحد الأطراف بالعدول عنها بسبب الغبن ومن ثم يكون القضاة بقضائهم كما فعلوا قد عرضوا قرارهم للنقض لمخالفة القانون".¹

المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بعيب الاستغلال

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ونتناول في (الفرع الأول) التحقق من توافر شروط الاستغلال ووسائل إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بعيب الاستغلال، ثم نحدد طبيعة السلطة التقديرية للقاضي المدني إزاء العقد المشوب بعيب الاستغلال في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التحقق من توافر شروط دعوى الاستغلال ووسائل إعادة التوازن المالي للعقد.

تنص المادة 90 من ق.م.ج على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

¹ قرار رقم 410107 الصادر في 2007/07/11، مجلة المحكمة العليا، ع 2، الجزائر، 2008، ص 249-251.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

طبقا لنص المادة 90 ق.م.ج أعلاه نتبين لنا الشروط التي يجب على القاضي التحقق من توافرها في دعوى الاستغلال، والوسائل القانونية التي أتاحها المشرع للقاضي لرفع الغبن عن المتعاقد الذي شاب إرادته عيب الاستغلال، وعليه سنتناول تحقق القاضي المدني من توافر شروط الاستغلال (أولا)، ثم وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بعيب الاستغلال (ثانيا).

أولا: تحقق القاضي المدني من توافر شروط الاستغلال

كأي دعوى قضائية يستلزم القانون توافر مجموعة من الشروط لرفع دعوى الاستغلال، وفي هذا المقام لن نخوض في الشروط العامة الشكلية لرفع الدعوى المدنية من وجوب توافر شروط قبول الدعوى من الصفة والمصلحة والإذن وغيرها من الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكننا سنفصل في الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون المدني.

فبالرجوع إلى المادة 90 من ق.م.ج نخلص إلى أن المشرع المدني الجزائري قد استلزم لرفع دعوى الاستغلال وجوب توافر خمسة شروط هي: التفاوت بين أداءات المتعاقدين، وأن يستغل أحد المتعاقدين ضعفا نفسيا في المتعاقد الآخر، وأن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، وأن يعلم المتعاقد الآخر بهذا العيب، ووجوب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد.

الشرط الأول: التفاوت بين أداءات المتعاقدين

عرفنا عند دراستنا لركني الاستغلال أن الركن المادي أو التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين هو أول عنصر يناقشه القاضي بصدد دعوى الاستغلال، وهو المفتاح الذي يتيح له البحث في الركن النفسي.

يطرح في هذا السياق تساؤلان أولهما معنى التفاوت الكثير الذي يقصده المشرع؟، وثانيهما ما المعيار الذي أخذه المشرع المدني الجزائري في تقدير نسبة التفاوت بين أداءات المتعاقدين؟

للإجابة عن التساؤل الأول نرجع إلى الفقرة 1 من المادة 90 ق.م.ج السالفة الذكر التي جاء فيها أنه للدعاء بالاستغلال، يجب أن يكون هناك تفاوت كثير في النسبة بين ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بالنظر إلى العقد أو التزامات المتعاقد الآخر، وهذا معناه أن القاضي عند قياسه لنسبة التفاوت في نسبة الفائدة يجب عليه الرجوع إما للعقد ككل متكامل، أو إلى التزامات الطرف الآخر.

1. التفاوت في النسبة بالنظر إلى العقد

في هذه الحالة يمثل العقد المرجع الذي يعود إليه القاضي لحساب نسبة التفاوت في الفائدة التي تحصل عليها المتعاقد، وفي ذلك يرجع إلى أهمية العقد المبرم، وعادة ما يرجع القاضي في تحديد نسبة الخسارة أو الغبن الذي حل بالمتعاقد المغبون إلى سعر السوق. وهذه الطريقة مناسبة في عقود التبرع، لأن عقود التبرع هي عقود ملزمة لجانب واحد فقط، وبالتالي يكون أحدهما مدينا غير دائن، والآخر دائنا غير مدين، وعليه لا يمكن أن يقيس القاضي درجة التفاوت المادي بالنظر إلى التزامات الطرف الآخر في العقد لأنه أصلا لا يوجد لديه التزام مادي.

2. التفاوت في النسبة بالنظر إلى التزامات المتعاقد الآخر

في هذه الحالة يقوم القاضي بحساب نسبة الغبن الذي حل بالمتعاقد المغبون بالنظر إلى التزامات المتعاقد الآخر، حيث يقوم بعملية حسابية يحدد فيها حجم الغبن بطرح التزامات الطرف المُستغل أي الرابح في العقد من التزامات الطرف المُستغل أي الذي أصابته خسارة مادية من العقد، وهذه الطريقة تصلح على الخصوص في عقود المعاوضة، حيث يلتزم كلا المتعاقدين بتقديم عوض للمتعاقد الآخر لقاء ما تحصل عليه في المقابل.

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع لم يحدد متى يجب على القاضي الرجوع إلى العقد، وحالات الرجوع إلى التزامات المتعاقد الآخر لقياس نسبة التفاوت، مما يعني أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الطريقة المناسبة لقياس هذه النسبة، تبعا لظروف كل قضية معروضة عليه.

أما للإجابة عن التساؤل الثاني فيجب معرفة المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في تقدير الاستغلال، فإذا كان المعيار الموضوعي فإن قيمة الشيء في السوق هي محل الاعتبار عند تقدير نسبة التفاوت، أما إذا أخذ بالمعيار الشخصي فإن قيمة الشيء في نظر المتعاقد هي المرجع لتقدير هذه النسبة.

على العموم ككل التشريعات الحديثة أخذ المشرع المدني الجزائري بالمعيار الشخصي في تقدير الاستغلال باعتباره عيبا من عيوب الإرادة،¹ فالقاضي في تقديره للتفاوت المادي في الاستغلال لا ينظر إلى القيمة المادية للشيء، وإنما يعتد بقيمته الشخصية أي ما يساويه في اعتبار المتعاقد المستغل، فقد تكون هناك قطعة أرضية تساوي قيمتها في السوق 1.000.000 دج، ولكنها في نظر المتعاقد تساوي 3.000.000 دج، لأنها تجاور ملكه وله

¹ تقتضي عيوب الإرادة باعتبارها حالات داخلية ترتبط بنفسية المتعاقد الأخذ بالمعيار الشخصي في تقديرها، ويعتد فيها بالعديد من المعايير كجنس و سن والحالة الاجتماعية والمستوى التعليمي للمتعاقد... وغيرها.

مصلحة جدية في أن يحصل عليها دون سواها، فالقاضي يأخذ بهذه القيمة في تقدير التفاوت في العقد.¹

ومقتضى الأخذ بالمعيار الشخصي أن التفاوت يجب أن يكون مؤثرا في نظر المتعاقد حتى يمكن الاعتداد به،² ومعنى ذلك أنه لا يشترط أن يكون كثيرا أو فاحشا في نظر باقي الناس، فالمهم أن يكون مؤثرا في نظر المتعاقد المستغل، فإذا لم يكن التفاوت مؤثرا في نظر المتعاقد وكان كذلك من الناحية المادية فلا يعتد به.

كما أن مقدار التفاوت بين أداءات المتعاقدين يتغير بحسب القيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد، وعليه فإن تقدير حجم التفاوت بين الأداءات المتقابلة من أمور الواقع التي يخضع تقديرها لقاضي الموضوع، الذي يبين في كل حالة نسبة التفاوت المادي بين ما قدمه المتعاقد وما حصل عليه في المقابل، لكي يثبت وقوع المتعاقد في الاستغلال،³ لأن التفاوت الكثير كما نص عليه المشرع الجزائري ليس بقيمة محددة سلفا أو نسبة مئوية من حجم العملية العقدية، وإنما يتم تقديره بالنظر إلى كل حالة حسب القيمة الشخصية للشيء محل العقد في نظر المتعاقد، مستعينا في ذلك بالظروف الشخصية للمتعاقد بالدرجة الأولى، وظروف الحال وما تعارف عليه الناس ثانيا،⁴ والمعمول به أن يرجع القاضي في قياس التفاوت المادي لأمر خارجة عن نفسية المتعاقد، والراجع والمعمول به هو سعر السوق.

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 294.

² صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2018/2017، ص 247.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 294.

⁴ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 205.

الشرط الثاني: تحقق القاضي من توافر العنصر النفسي

إن أهم ما يميز الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء عن الغبن المجرد هو العنصر النفسي الذي يجب توافره في المتعاقد المستغل، والذي استغله المتعاقد الآخر وحصل من ورائه على موافقته لإبرام العقد، وقد حصر المشرع الجزائري الضعف الذي يتميز به المتعاقد المُستغل في الطيش البين أو الهوى الجامح، وذلك أسوة بالمشرع المصري في المادة 129 ق.م.م: (... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...).

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرر التشريعات المقارنة التي أخذت بالاستغلال كعيب في الإرادة بالمعيار الذاتي أو الشخصي¹ كأساس لنظرية الاستغلال، وبعد استغلال الحالة النفسية التي تعترى المتعاقد الأساس في قيام الاستغلال وتمييزه عن الغبن المجرد، ويستعين القاضي بكل الظروف والملابسات للكشف عن هذه الحالة، ويستعين على الخصوص بالأثر المادي المترتب عنها وهو التفاوت المادي، كما يستشفها من سن المتعاقد، وجنسه، وحالته الصحية، والاجتماعية، ومستواه التعليمي... وغيرها.

كما أن القاضي لكشفه عن العنصر النفسي للمتعاقد يرجع للعقد نفسه، وما قد اعترى المتعاقد أثناء إبرامه، ولا يرجع إلى شخصية المتعاقد لمعرفة عما إذا كان المتعاقد طائشا أو جامحا في حياته اليومية، لأن الطيش أو الهوى الجامح يقوم في نفس الشخص ويفقده -دون أن يدري- سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع الرغبة، ولو لم يكن معروفا بالطيش في حياته.²

¹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، المرجع السابق، ص 113.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، المرجع السابق، ص 117.

وعلى المتعاقد الذي يدعي أن إرادته قد شابها استغلال أثناء إبرام العقد أن يثبت ذلك، طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات التي مفادها أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر، فيقيم الدليل على عدم التعادل الصارخ بين ما قدمه وما حصل عليه في المقابل بموجب العقد الذي أبرمه، وقيم الدليل على استغلال الطرف الآخر للضعف القائم فيه، ويكون الإثبات بكافة طرق، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الاستغلال دون رقابة من المحكمة العليا.¹

الشرط الثالث: أن يستغل المتعاقد الآخر الحالة النفسية التي تعتري المتعاقد المستغل

لا يكفي الطيش البين أو الهوى الجامح في الشخص، بل يجب أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف ليحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غيبته،² وعليه فإن الاستغلال لا يقوم إلا إذا انتهز المتعاقد الآخر الضعف الذي يعاني منه المدعي بالاستغلال، لكي يحمله على إبرام العقد، وتكبيده خسارة فادحة بين ما قدمه وما يحصل عليه في المقابل.

كما يشترط للدفع بعيب الاستغلال أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالحالة النفسية التي تقوم في نفس المتعاقد المستغل، ويجب على القاضي أن يتحقق من علمه بها، وأنه قد استغل هذه الحالة فعلاً، لأن المتعاقد قد يظهر عليه الطيش أو الهوى الجامح لكن الطرف الآخر في العقد لا يستغل ذلك، ويتعاقد معه بالشروط التي قد يتعاقد بها مع أي متعاقد آخر غيره.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 207.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 206.

الشرط الرابع: أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى إبرام العقد

يشترط لقيام عيب الاستغلال أن يكون هو الدافع لإبرام العقد، ويجب على القاضي أن يتحقق من أن المتعاقد الذي يدعي أن إرادته مشوبة بالاستغلال قد أبرم العقد فعلا تحت وطأة طيش بين أو هوى جامح، إلا أنه كان ليرضى بإبرام العقد وبنفس الشروط حتى ولو خلت إرادته من هذا العيب، وهذا ليس بالأمر الهين على قاضي الموضوع للتأكد من هذه الحقيقة، وفي هذا يرجع لظروف العقد وملابساته، وهو ليس مقيدا بوسيلة إثبات معينة كون الاستغلال واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

الشرط الخامس: أجل رفع دعوى الاستغلال

حدد المشرع المدني الجزائري في المادة 2/90 ق.م.ج أجل رفع دعوى الاستغلال بسنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة، وهو في ذلك يتفق مع نظيره المصري الذي حددها بسنة أيضا في المادة 2/129 ق.م.م التي تنص على أنه: (ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة).

فخلافًا لعيوب الرضا الأخرى فإن أجل رفع دعوى الاستغلال أقصر بكثير من آجال رفع الدعاوى الأخرى، حيث تنص المادة 101 ق.م.ج على أنه: (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (05) سنوات).

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد).

وعليه فقد حدد المشرع المدني الجزائري آجال سقوط الدعاوى المتعلقة بعيوب الإرادة ماعدا دعوى الاستغلال بأقصر الأجلين، إما بالأجل الأدنى المقدر بخمس (05) سنوات، والذي يبدأ حسابه من اليوم الذي يكتشف فيه العيب بالنسبة للغلط والتدليس، وبيوم انقطاع

العيب بالنسبة للإكراه، وإما بالأجل الأقصى المقدر بعشر (10) سنوات، والذي يبدأ حسابه بوقت إبرام العقد، أما دعوى الاستغلال فقد حددها بأجل واحد يبدأ حسابه منذ وقت إبرام العقد، وجعله قصيرا جدا مقارنة بعيوب الرضا الأخرى.

إلا أن العديد من التشريعات العربية قد وحدت بين آجال سقوط الدعاوى التي يكون محلها أحد عيوب الإرادة، ولم تفرق بين الاستغلال وعيوب الإرادة الأخرى، كالقانون السوداني.¹

ويرى السنهوري أن الحكمة في جعل ميعاد رفع دعوى الاستغلال قصيرا، وأقل من عيوب الإرادة الأخرى، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصيرها معلقا لمدة طويلة بدعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح، وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل،² وهذا يعني ترجيح استقرار المعاملات على حساب الحماية القانونية للمتعاقد المستغل، الذي يمكن ألا يتقطن لحالته ويطعن في العقد خلال هذه المدة القصيرة.³

ونحن من وجهة نظرنا نختلف مع هذا الرأي، لأن الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة، قد يأخذ الطرف المستغل وقتا طويلا ليكتشف هذا العيب وأنه أجرى التصرف تحت سطوته، لذلك يجب أن تسري عليه القواعد السارية على عيوب الإرادة الأخرى، لا أن يخص بأجل قصير ومختلف، وأن يحرم المتعاقد المستغل من أجل كاف لرفع دعواه، ولأن استقرار المعاملات ليس بأكثر أهمية من حماية المتعاقد الضعيف في العقد وإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل انتهاز الطرف الآخر لهذا الضعف وحمله على إبرام العقد.

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 312.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون -، المرجع السابق، ص 303.

³ علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 226.

ثانياً: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بسبب الاستغلال

بعض القوانين وأهمها القانون الألماني يعتبر الاستغلال عملاً غير مشروع ويرتب عليه البطلان المطلق،¹ حيث قضى في المادة 138 من القانون المدني ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحمله على التعاقد معه، ويحصل منه على منافع مالية تزيد عما يؤديه له.²

ويرجع ذلك إلى موضع نظرية الاستغلال في القانون المدني الألماني، الذي تناولها في الفقرة الثانية من المادة 138 منه التي جاء فيها: (التصرف القانوني المخالف للآداب العامة يعد باطلاً. يعد باطلاً بشكل خاص كل تصرف قانوني تم بالاستفادة من حالة إكراه، أو قلة خبرة، أو عدم قدرة على التصرف، أو ضعف في التفكير لدى شخص آخر، وبحيث يحصل الشخص الذي قام بهذا التصرف على ميزات مالية تتجاوز الميزات التي حصل عليها الطرف الآخر، وبحيث يكون هذا التفاوت واضحاً للعيان)،³ ويتضح أن هذه المادة تتضمن بطلان الاتفاقات المخالفة للآداب العامة بصفة عامة، وبطلان الاتفاقات التي يستغل أحد أطرافها إكراه أو قلة خبرة أو عدم قدرة على التصرف أو ضعف تفكير لدى الطرف الآخر بصفة خاصة.

ويرجع الفقه نص المشرع المدني الألماني على الاستغلال موازاة مع نصه على بطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام إلى الأوضاع التاريخية والاجتماعية التي كانت سائدة في ألمانيا نهاية القرن 19م، فألمانيا آنذاك كانت في أوج عصر الصناعة، وقد سادها حينها المذهب الليبرالي ومبدأ سلطان الإرادة، بعد ذلك ساد التيار الاشتراكي في البرلمان مما أدى إلى سن المادة 138 التي كانت ثمرة الجدل بين المحافظين والاشتراكيين الذين دعموا

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 293.

³ أحمد الحراكي، المرجع السابق، ص 122.

التصويت لصالح هذه المادة، وتتميز الفقرة الثانية منها أن هدفها لا يقتصر فقط على حماية مؤسسة العقد فقط، بل يمتد إلى حماية العنصر الأخلاقي أو على الأقل عدم مخالفة الآداب العامة، والاستغلال حسب المادة 2/138 من القانون المدني الألماني يتمتع بميزة قانونية تقوم على إلحاقه بالاتفاقات المخالفة للآداب العامة، فعلى اعتبار أن الاستغلال يتعارض مع القوة الملزمة للعقد، فإن إبطال العقد لمخالفته الآداب العامة لا يعد انتهاكا للعقد بل حماية له.¹

وهو نفس الحكم الذي فرضه قانون الالتزامات السويسري في المادة 21 منه التي جاء فيها: (في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة).²

وبالنسبة لبعض التشريعات العربية وإن لم تعتبر الاستغلال تصرفا مخلا بالآداب العامة يترتب عليه جزاء البطلان المطلق كالقانون الألماني، إلا أنها لا تفرق فيما يتعلق بالجزء بين الاستغلال وعيوب الإرادة الأخرى، فالجزء المترتب عن الاستغلال هو قابلية العقد للإبطال فقط، دون إمكانية أخرى، كالقانون اللبناني،³ والمغربي والتونسي.

أما معظم القوانين المدنية العربية الأخرى كالقانون السوري والليبي والسوداني والمصري فزيادة على قابلية العقد للإبطال بسبب الاستغلال، كجزء موحد لعيوب الإرادة، أجازت للطرف المستغل أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه كافيا لرفع الغبن.

وبالنسبة للمشرع المدني الجزائري فقد نص في المادة 90 من ق.م.ج أولا على جواز إبطال العقد لصالح المتعاقد الذي شاب إرادته الاستغلال وذلك بناء على طلبه، ثم على

¹ أحمد الحراكي، المرجع السابق، ص 122-123.

² علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 215.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 313.

جواز طلب الطرف المستغل إنقاص التزاماته، وأخيرا على جواز أن يتوقى الطرف المستغل إبطال العقد بعرضه ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

وإذا كان إبطال العقد لا يخدم التوازن المالي للعقد وإنما يؤدي إلى إعدامه، فإن إنقاص التزامات الطرف المستغل، وزيادة التزامات الطرف المستغل يعدان وسيلتين لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الاستغلال.

ونحن في دراستنا سوف نتناول الوسائل التي تؤدي إلى المحافظة على العقد وإعادة توازنه المالي وهي إنقاص التزامات الطرف المستغل، وتوقي الإبطال عن طريق عرض ما يراه المتعاقد المستغل كافيا لإزالة غبن الطرف المستغل، الذين سنتناولهما تباعا:

1. إنقاص التزامات المتعاقد المُستغل

يجوز إنقاص التزامات الطرف المُستغل إما بناء على طلبه، أو من طرف القاضي من تلقاء نفسه أثناء نظره في دعوى إبطال العقد بسبب الاستغلال، وعليه سنحاول دراسة كلتا الفرضيتين:

1.1. إنقاص التزامات المتعاقد المُستغل بناء على طلبه

منح المشرع المدني الجزائري للمتعاقد المُستغل الخيار بين المطالبة بإبطال العقد، أو المطالبة بإنقاص التزاماته، حيث يجوز له أن يقتصر طلبه على إنقاص التزاماته، وفي هذه الحالة يقضي القاضي بإنقاص التزامات هذا المتعاقد إلى الحد الذي يزول معه الغبن الفاحش.¹

وعلى القاضي أن يراعي مدى ملاءمة وسيلة إنقاص التزامات الطرف المستغل لتحقيق التوازن المالي للعقد، وذلك بالنظر لنوع العقد والمعاملة إذا كانت تحتل إنقاص هذه الالتزامات والمحافظة على العقد في نفس الوقت، لأن بعض العقود لا يمكن فيها إنقاص

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 311.

الالتزامات، مثلاً إذا كان محل العقد بيع منزل أو سيارة معينة بالذات، وكان الطرف المغبون هو البائع، فهنا لا يستطيع القاضي أن يقضي بإنقاص التزامات البائع، بأن يقضي مثلاً بمنحه الحق في استبدال هذه السيارة بسيارة أخرى أقل ثمناً، لأن ذلك من شأنه أن يغير محل العقد، وبالتالي بطلان العقد، والعكس صحيح إذا كان الطرف المغبون هو المشتري، هنا يجوز إنقاص التزاماته بأن يدفع ثمناً أقل.

كما أن هذه الوسيلة تصلح خصوصاً في العقود التي يكون محلها أشياء مثلية، كأن يكون محل العقد بيع كمية معينة من سلعة ما، وشاب إرادة البائع استغلال وحصل تفاوت بين ثمن السلعة الحقيقي والتمن الذي تحصل عليه، هنا يجوز للقاضي أن يقضي بإنقاص التزامات البائع ويكون ذلك بإنقاص كمية السلعة المباعة، كذلك إذا كان المغبون هو المشتري فيقضي بإنقاص مبلغ الثمن المتفق عليه.

ويجب على القاضي لتحديد الغبن أن يجري مقارنة بين الثمن وهو السعر المعلن في العقد، وقيمة الشيء وهي ثمن المثل الذي يعكس القيمة الفعلية للشيء، استناداً إلى قيمة الشيء في السوق،¹ وفي سبيل ذلك يمكنه أن يأمر بإجراء خبرة إما من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم، وإجراء التحقيقات اللازمة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبما أن مقدار التفاوت المادي في الاستغلال غير محدد بالتدقيق، كون الاستغلال هو عيب في الإرادة يتكون من عنصرين، عنصر نفسي يخضع في تقديره للمعيار الشخصي، وعنصر موضوعي يتمثل في التفاوت بين ما قدمه المتعاقد وما تحصل عليه، يتم قياسه بوسائل مادية، وكما ذكرنا سابقاً أثناء دراستنا لعنصري الاستغلال أن العنصر المادي هو المفتاح لمعرفة ما إذا كان العقد مشوباً بعيب الاستغلال، كون التفاوت المادي

¹ محمد بن إبراهيم السحيباني، "الغبن اليسير والفاش: تحليل اقتصادي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مج 18، ع 2، الرياض السعودية، 2005، ص 7-8-22.

الكثير هو المظهر المادي للاستغلال، ولأن العنصر النفسي هو أمر كامن في نفس المتعاقد ويصعب الكشف عنه لولا التفاوت المادي الكثير الذي يعتري العقد.

والقاضي في تقديره للتفاوت المادي يراعي أولاً قيمة الشيء لدى المتعاقد، ويأخذ في ذلك بالمعيار الشخصي، فإذا كان التفاوت المادي مؤثراً بالنسبة له شخصياً فيأخذ به، ولو كان غير مؤثر لدى بقية الناس، أما لقياس حجم هذا التفاوت فيأخذ بالمعيار الموضوعي كون التفاوت المادي هو أمر ملموس، ويراعي في ذلك قيمة الشيء في السوق.

وفي الأخير يجب التنويه إلى أن القاضي لا يجوز له مطلقاً أن يحكم بإبطال العقد إذا طُلب منه إنقاص الالتزامات، لأنه بذلك يكون قد تجاوز سلطته وحكم بما يزيد عما طُلب منه.¹

1.2. إنقاص التزامات المتعاقد المستغل من تلقائياً طرف القاضي

يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل، بصدد نظره في دعوى إبطال العقد بسبب الاستغلال، لأن حكمه بإنقاص التزامات الطرف المستغل وهو حكم بأقل مما طُلب منه، طبقاً لقاعدة من يملك الكل يملك الجزء، فما دام يمكن له الحكم بإبطال العقد بناء على طلب الطرف المستغل، فيجوز له أن يعمل سلطته التقديرية في الموازنة بين مصلحتي الأطراف في الإبطال أو الإبقاء على العقد، وعليه يجوز له الحكم بإنقاص التزاماته إذا كان في ذلك فائدة للعقد والمتعاقدين، فإذا كان من شأن إنقاص التزامات المتعاقد المستغل إصلاح العقد المختل وإعادة توازنه المالي فذلك أفضل، لأن العقد أصلاً أبرم لكي ينفذ، ولأن من مصلحة الجميع الإبقاء على العقد لا إبطاله، لأن إبطال العقد لا يخدم التوازن المالي للعقد في شيء، بل هو تهديد للمراكز القانونية للأطراف بعد أن استقرت واطمئن لها المتعاقدون.

¹ حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 37.

2. زيادة التزامات الطرف المُستغل عن طريق توقي دعوى الإبطال بعرض زيادة التزامات

المتعاقد المُستغل

توقي الإبطال بعرض ما يراه القاضي كافيا هو طلب مقابل¹ يتقدم به المدعى عليه في دعوى الإبطال للاستغلال، الغرض من هذا الطلب هو تجنب إبطال العقد والحفاظ عليه والسعي إلى تنفيذه، وطلب توقي الإبطال ليس بدعوى مستقلة، وإنما يكون بمناسبة دعوى أصلية هي دعوى إبطال العقد بسبب الاستغلال التي يرفعها الطرف الذي يدعي استغلاله، وبموجب هذا الطلب يعرض المدعى عليه ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن عن الطرف المستغل.

فالأصل أنه لا يجوز للقاضي أن يزيد من التزامات المتعاقد الآخر سواء من تلقاء نفسه،² أو بناء على طلب المتعاقد المُستغل، لأن نص الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج واضح في هذا الشأن، حيث حددت طلبات الطرف المُستغل إما بإبطال العقد أو طلب إنقاص التزاماته.

لكن أوردت الفقرة 3 من المادة 90 ق.م.ج السالفة الذكر استثناء يتمثل في منح المدعى عليه أي المتعاقد المستغل فرصة إصلاح الأمر والحفاظ على العقد، من خلال إجازتها له بأن يعرض على القاضي أن يزيد التزاماته، فإذا كانت هذه الزيادة كافية في نظر القاضي صرف النظر عن الإبطال وأخذ بهذه الزيادة وأبقى على العقد وقضى باستمراره.

فالمشرع منح القاضي سلطة تقدير مدى كفاية أو عدم كفاية ما يعرضه هذا الأخير لرفع الغبن عن المتعاقد المغبون وإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل تفاوت أداءات

¹ لقد عرفت المادة 25 / 4 ق.إ.م.إ.ج الطلب المقابل بأنه: (هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على المنفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه).

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 208.

أطرافه، وله في ذلك سلطة تقديرية واسعة، لأن نص المادة 90 ق.م.ج لم يحدد المقصود بعبارة "كافيا"، ولم يضع لها معيارا يحد به من سلطة القاضي، وعليه فإن للقاضي بعد دراسته لعرض المتعاقد وإجراء الموازنة بين أداءات المتعاقدين له أن يوافق على طلبه ويبقي على العقد، كما له أن يرفض عرضه ويقضي ببطلان العقد إذا طلبه المتعاقد المستغل.

أما عن مجال عرض المدعى عليه أو المتعاقد المستغل لزيادة التزاماته العقدية لتوقي إبطال العقد، فقد حصره المشرع بموجب الفقرة الثالثة من المادة 90 السالفة الذكر في عقود المعاوضة فقط، وذلك بقولها: (ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)، أما عقود التبرع والغرر فلا مجال لإعمال هذا الخيار بشأنها فإذا طلب الطرف المستغل إبطال العقد فالقاضي يستجيب لطلبه إذا قدر أن تعاقدته كان تحت وطأة الاستغلال، أو أن ينقص التزاماته حسب الحالة.

كما أنه لا يعتد بقبول أو رفض المدعي بالاستغلال، فإذا رأى القاضي أن ما عرضه الطرف الآخر كافيا لرفع الغبن وإعادة التوازن المالي للعقد، فإنه يقضي بزيادة التزاماته، ويحكم بتنفيذ العقد.

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي إزاء الاستغلال

يرى الدكتور أحمد محمود سعد أن الاستغلال هو المجال الخصب لمباشرة القاضي المدني نشاطه التقديرى، بحيث يقوم بدور ملحوظ في هذا الصدد، من حيث تقديره لعناصر المكونة له، ومن حيث الجزاء المترتب عليه،¹ ويستقل القاضي المدني بتقدير عنصري

¹ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 139.

الاستغلال دون رقابة من المحكمة العليا،¹ ويقدر بكل سيادة توافر أو عدم توافر شروطه السالف بيانها.

وكما ذكرنا سابقا فإن التفاوت المادي هو أول عنصر يقوم القاضي بتقديره، وتظهر سلطته التقديرية بوضوح في تقدير حجم الخسارة التي لحقت بالمتعاقد المُستغل، لأن المشرع المدني الجزائري وإن نص على الغبن الفاحش أو كما سماه التفاوت الكثير، إلا أنه لم يحدد معيارا ثابتا لقياسه، وعليه يرجع للقاضي مهمة البحث عن مدى توافر الغبن، وعما إذا كان فاحشا يستحق تدخل القاضي، وهذه كلها أمور واقعية يرجع في تقديرها لقاضي الموضوع.

أما معيار تقدير العنصر النفسي في الاستغلال فهو معيار شخصي،² حيث يرجع القاضي في تقديره لذات المتعاقد ويأخذ في عين الاعتبار كل الظروف المتعلقة به كجنسه، وسنه، وحالته الاجتماعية، ومستواه الدراسي وغيرها.

لأن الطيش البين والهوى الجامح وهما حالتان نفسيتان تقومان في نفس المتعاقد، ويتم الكشف عنهما من خلال المظهر المادي للاستغلال والعديد من الظروف والملابسات السالف ذكرها فيما سبق، وبالتالي فهما من أمور الواقع التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، كشهادة الشهود، وشهرة طيش المغبون أو هواه الجامح، وتلعب القرائن دورا هاما في هذا المجال، فعلم المتعاقد بحالة المتعاقد المغبون يقوم قرينة على قصد استغلاله، وعدم التعادل الفادح في الأدعاءات الناتجة عن العقد يعد قرينة على أن ذلك قد تم نتيجة حالة

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 207.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2002، ص 254.

ضعف، وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا، يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.¹

ويقع على عاتق الطرف المغبون عبء إثبات توافر عناصر الاستغلال، وإقامة الدليل على وجود الطيش البين أو الهوى الجامح، وعلم المتعاقد الآخر بهذه الحالة، واستفادته منها كونها هي الدافع إلى إبرام عقد بشروط حققت له مزايا باهظة على حساب الطرف المغبون.²

أما من حيث الجزاء فيرى الفقه أن القاضي المدني يتمتع بإزاء أعمال الجزاء المترتب عن الاستغلال بسلطة تقديرية بالمعنى العام، فلا هي سلطة مقيدة، ولا هي سلطة مطلقة، والاختيار الممنوح للقاضي منصوص عليه بواسطة القانون، وإذا كانت السلطة التقديرية تمارس في نطاق الواقع وفي نطاق فرض القاعدة القانونية، فهي هنا وفي نطاق أعمال أثر القاعدة القانونية تقتصر على الاختيار بين الآثار القانونية التي نظمها القاعدة محل الاعتبار فنتيجة التقدير القضائي هي دالة على اختيار الأثر القانوني الذي يرى القاضي ملائمة إنزاله على واقع النزاع.³

وعلى ذلك فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، فإن القاضي له إذا رأى أن هذا المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال أجابه إلى طلبه فيبطل العقد، إلا أنه إذا رأى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون دون الاستغلال كان ليبرم العقد بشروط أقل فحشا رفض إبطال العقد بما له من سلطة تقديرية في الموازنة بين مصلحتين متعارضتين، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة.

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 194.

² محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 193-194.

³ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008، ص 255.

إلا أن سلطة القاضي تظهر بشكل جلي عند عرض الطرف المُستغل لما يراه القاضي كافيا في عقود المعاوضات لتجنب الحكم بإبطال العقد، فالقاضي يستخدم سلطته التقديرية في قبول أو رفض طلب المتعاقد المُستغل، وذلك بالموازنة بين مصلحته ومصلحة الطرف الآخر، فإذا تبين له أن ما يعرضه مناسب لإعادة التوازن المالي للعقد قضى بقبول طلبه، أما إذا تبين له عدم تناسب ما يعرضه ما مع ما أصاب الطرف المُستغل من غبن بسبب الاستغلال الذي أعاب رضائه، فيقضي بعدم قبول عرض الطرف المُستغل، ويقضي إما بقبول طلب الإبطال أو إنقاص التزامات الطرف المُستغل، وليس هناك معيار لقياس مدى التناسب أو عدم التناسب بين ما يعرضه الطرف المُستغل الذي يهدف إلى تجنب إبطال العقد، وعليه فإن القاضي هنا يتمتع بسلطة تقديرية بالمعنى العام كما قلنا سابقا، لأن اختياراته بصدد دعوى الاستغلال كلها منصوص عليها قانونا.

أما إن طلب المتعاقد إنقاص التزاماته العقدية فليس للقاضي أن يتجاوز إلى إبطال العقد مهما تبين له أن الاستغلال قد أفسد رضاء المتعاقد المُستغل، وأنه ما كان ليبرم العقد لولا سطوة الاستغلال الذي مورس عليه.

ملخص الفصل الأول

لقد كان لتطور نظرية الغبن المجرد الفضل في ظهور نظرية الاستغلال وبروز هذا الأخير كعيب من عيوب الإرادة يتميز بقيامه على الركن النفسي المتمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح، زيادة على ركن التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين الذي يجمعه بالغبن.

ويعد كل من الغبن والاستغلال من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه، إلا أن دور القاضي يختلف إزاء كل منهما، وسلطته تتضح جلية في عيب الاستغلال حيث له سلطة تقديرية واسعة في تقدير حالة الاستغلال، على عكس الغبن الذي حدد المشرع صورتيه في الغبن في بيع العقار والقسمة الرضائية، إلا أن وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل سواء بفعل الغبن والاستغلال محددة ومقصورة فيما نص عليه المشرع، ولا يجوز للقاضي أن يحيد عنها مطلقاً مهما تبين له نجاعة أحد الوسائل الأخرى في إعادة التوازن المالي للعقد.

الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان

إن الأصل في العقد أنه يتيح المجال لجميع أطرافه في التفاوض وإبداء الرأي حول شروط العقد بحرية تامة، وأن يتفق أطرافه على جميع بنوده، والآثار الناتجة عنه، وهذا هو جوهر مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي جاء بعد صراع طويل ضد الشكلية التي كانت تسود نظرية العقد إبان القانون الروماني.

لكن نتيجة للتطور الاقتصادي الهائل الذي عرفه المجتمع الحديث، والاتجاه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، وما تبعه من قيام شركات ومؤسسات ضخمة تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي للسلع والخدمات الضرورية لحياة الناس، ظهر ما يسمى بعقود الإذعان، التي ينفرد الطرف القوي في العلاقة التعاقدية بوضع شروطه مسبقا في شكل إيجاب لكافة الناس، ولا يملك الطرف الآخر إلا الانضمام إلى العقد وقبول شروط العقد كما هي، دون إبداء رأيه أو الحق في التفاوض بشأن بنود العقد.

ونتيجة لانفراد الطرف القوي اقتصاديا بوضع العقد وشروطه، فغالبا ما يعتمد وضع شروط تخدم مصلحته وتعود عليه بالربح على حساب الطرف الآخر في العقد، مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، هذا ما استدعى من المشرع أن يجيز تدخل القاضي في العقد بعد أن كان ذلك محظورا عليه طبقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

ولدراسة دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي المختل بفعل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص (المبحث الأول) لمفهوم عقد الإذعان والشروط التعسفية، وندرس في (المبحث الثاني) سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان والشروط التعسفية

إن العلاقة بين مفهومي الإذعان والشروط التعسفية هي علاقة وثيقة، نظرا لارتباط الشروط التعسفية بعقد الإذعان، وذلك أمر بديهي نظرا لانفراد الطرف القوي في العقد بوضع

شروطه، التي تصب غالبا في مصلحته، والتي قد ينجر عنها الإضرار بمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، عن طريق تضمين العقد لشروط تعسفية قد تحرم المتعاقد من حق ما أو تفرض عليه التزامات غير مبررة أو غير قانونية.

وعليه لدراسة دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان فمن الضروري حتما أن نتطرق لمفهوم عقد الإذعان وطبيعته القانونية (المطلب الأول)، ومفهوم الشروط التعسفية ومعاييرها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان وطبيعته القانونية

يختلف عقد الإذعان عن العقود الأخرى سواء من حيث أطرافه أو من حيث طريقة إبرامه، لذلك تستدعي دراسته الإحاطة الجيدة بمفهومه لتمييزه عن عقود المساومة، كما أن طبيعته القانونية قد أثارت جدلا فقهيًا كبيرا، وعليه سنتناول مفهوم عقد الإذعان في (الفرع الأول)، ثم طبيعته القانونية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

سنحاول دراسة مفهوم عقد الإذعان من خلال التطرق إلى تعريفه (أولا)، وتناول بعض أنواعه (ثانيا).

أولا: تعريف عقود الإذعان

تعد الحرية التعاقدية أحد المبادئ المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، وتظهر هذه الحرية في الأساس عند إبرام العقد، وتقتضي ثلاث إمكانيات: حرية التعاقد أم لا، اختيار شخص المتعاقد، وتحديد شروط العقد بالاتفاق مع الطرف أو الأطراف الآخرين،¹ هذه

¹ جاك غيستان، المرجع السابق، ص 53-54.

الأخيرة هي المعيار الفاصل بين عقود المساومة وعقود الإذعان التي هي محل دراستنا في هذا الفصل، فإذا كان العقد قابلاً للمناقشة والمفاوضة من قبل كلا طرفي العقد، فهو ينتمي إلى طائفة عقود المساومة، أما إذا كان العقد منظماً من قبل طرف واحد في العقد ولا يملك الطرف الآخر حرية مناقشته أو مفاوضته، بل يقبله كما هو أو يرفضه جملة فهو عقد إذعان.

هذا النوع من العقود أي عقد الإذعان قد فرضته الظروف الاقتصادية في نهاية القرن 19م، والمفاوضة ومناقشة شروط العقد وبنوده لم تعد ممكنة في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، التي لا تسمح بالبطء في المعاملات، وتقتضي السرعة حتى في إبرام العقود.¹

ويعد الأستاذ سالي Salleilles أول من لفت الانتباه في فرنسا إلى عقود الإذعان عندما لاحظ أن محتواها في الواقع يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر، هذا الأخير يكتفي بالانضمام.²

ويعد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أول من استخدم مصطلح "عقد الإذعان" في اللغة العربية،³ ترجمة للمصطلح الفرنسي "contrat d'adhésion" أو "عقد الانضمام" التي ابتدعها الأستاذ سالي Salleilles في كتابه "الإعلان عن الإرادة" سنة 1901، لأن الإذعان يشير إلى معنى "الاضطرار في القبول" وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء وتشريع.⁴

¹ Claire-Marie Pégliion-Zika, la notion de clause abusive –étude de droit de la consommation–, prix de thèse de l'université Paris 2 Panthéon-Assas, lextenso Ed, Paris, 2018, P 02.

² جاك غيستان، المرجع السابق، ص 95.

³ لاشين محمد الغاباتي، "عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع 01، مصر، 1986، ص 15.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 191. وحמיד بن شنييتي، المرجع السابق، ص 41.

ولقد عرف الأستاذ سالي Salleilles عقد الإذعان بقوله: " عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا من جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل العقد"¹، فهو يرى أن عقد الإذعان هو تصرف بإرادة منفردة وينفي عليه الصفة التعاقدية كما سوف نرى لاحقا، وأن الإيجاب في هذا العقد غير موجه لشخص محدد بذاته بل إلى مجموعة غير محددة من الأشخاص، وأن القبول هو مجرد إذعان لا غير لأن صاحبه لا يملك مناقشة شروط العقد أو التفاوض بشأنها.

أما الفقيه جاك غيستان Jack Ghestin فقد عرف عقد الإذعان بأنه: " الانضمام إلى عقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من أحد الأطراف، وينضم إليه الآخرون دون إمكانية تعديله"²، فعقد الإذعان حسب هذا التعريف يتمثل في تحرير عقد وتحديد شروطه من قبل أحد الأطراف، ثم انضمام الأطراف الآخرين إلى هذا العقد دون مناقشة شروطه أو تعديلها.

أما الدكتور لاشين محمد الغاياتي فقد عرف عقد الإذعان بأنه: " عقد يرضخ فيه القابل للإيجاب الموجه إليه من الموجب وفقا للشروط التي وضعها للتعاقد دون مساومة بينهما لشدة الحاجة إليه أو احتكار الموجب للشيء محل العقد "³.

وعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه: " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها"⁴.

وعرفه الدكتور حسام الدين الأهواني بأنه: " العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة عامة ومجردة قبل الفترة العقدية"¹.

¹ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

² لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 25.

³ لاشين محمد الغاياتي، المرجع السابق، ص 16.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية -مصر-، 2007، ص 176.

أما الفقه الإسلامي فلم يعرف عقود الإذعان كما فعل الفقهاء المعاصرون، لأن هذه العقود هي وليدة التطورات الاقتصادية الحديثة التي لم يعرفها الفقه الإسلامي قديماً، وبالتالي لم يهتم الفقهاء المسلمون بوضع أحكام تفصيلية لهذا النوع من العقود، ولكنهم عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار فعاذوه وحاربوه، لكنهم اختلفوا في تعريفه فذهب الشافعية بأنه: "اشتراء القوت وقت الغلاء لإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه"، وذهب الحنفية بأنه: "شراء الطعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أربعين يوماً"، وذهب الحنابلة إلى أن: "الاحتكار في القوت أن يشتريه للتجارة ويحبسه ليغلو ثمنه"، وعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه: "حبس ما يحتاج إليه الناس بقصد ارتفاع سعره".²

أما في التشريع الجزائري وبالأخص في القانون المدني الجزائري فلا نجد تعريفاً لعقد الإذعان، بينما نجد تعريفاً له في القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي عرفه في المادة 4/3 بأنه: (كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه)، وهذا التعريف مقصور على عقود الاستهلاك فقط كونه يتعلق ببيع السلع وتأدية الخدمات، ونلاحظ أنه تعريف ناقص حيث لم يحدد شروط عقد الإذعان، من حيث كون السلع أو الخدمات محل احتكار قانوني أو فعلي، و عرض العقد بعد تحريره من قبل الطرف الأقوى في العقد على كافة الناس، واكتفى فقط بالنص على أن أحد أطراف العقد يقوم بتحريره مسبقاً مع إذعان الطرف الآخر وقبوله للشروط دون إمكانية تعديلها.

كما نص على الشكل الذي قد يرد فيه هذا العقد بقوله في نفس المادة والفقرة بأنه: (يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً)، وعليه فلا يوجد شكل محدد لعقد الإذعان، فيمكن أن يصدر في أي شكل كان مادام يتضمن عناصر عقد البيع وشروطه العامة.

¹ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 176.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص 185-187.

مما تقدم يتبين لنا أن عقد الإذعان يتميز بالخصائص التالية:

أ. بالنسبة لعنصر التراضي في العقد

1- الإيجاب في عقود الإذعان يصدر من شخص ذو نفوذ مالي أو مركز اقتصادي قوي، حيث يتعلق محل العقد بسلعة أو خدمة تكون محتكرة من طرفه احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو تكون محل منافسة محدودة النطاق نتيجة الظروف، أو اتفاق بين أصحاب السلعة أو الخدمة، أما الطرف الآخر في العقد نجده في مركز اقتصادي أضعف من مركز الموجب، وتحتم عليه الظروف طلب هذه السلعة أو الخدمة لضرورتها في تلبية احتياجاته اليومية.

2- الإيجاب في هذه العقود هو إيجاب عام موجه إلى الجمهور كله أو إلى فئة منه تتوافر لديهم صفات معينة، وليس موجهاً إلى شخص معين بذاته، ويتسم هذا الإيجاب بأنه دائم حيث يصدر على نحو مستمر، ولذلك يكون ملزماً لمدة أطول بكثير مما عليه الحال في عقود المعاوضة الحرة.

3- القبول في عقد الإذعان يتميز بأنه رضوخ وتسليم بالشروط التي يعرضها الموجب، وعليه فإن القابل مضطر للقبول فرضاًؤه موجود ولكنه مفروض عليه،¹ وفي هذا تنص المادة 70 ق.م.ج على أنه: (يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)، تقابلها المادة 100 من ق.م.م التي تنص على أنه: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

ب. بالنسبة لمحل العقد

1- يتمثل المحل في عقود الإذعان في سلعة أو خدمة ضرورية لحاجيات الأشخاص أو الجمهور، حيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم اليومية وإلا وقعوا في حرج ومشقة كخدمة النقل والهاتف والانترنت والغاز والكهرباء..... وغيرها.

¹ منهل عبد الغني قلندر، "الإذعان بين العقد والنظام القانوني -دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، مج 16، ع 59، العراق، 2013، ص 43.

2- يتم احتكار محل العقد أي السلع أو الخدمات في عقود الإذعان من طرف الموجب احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.¹

ثانيا: أنواع عقود الإذعان

لا ينحصر عقد الإذعان في عقد بعينه بل يشمل هذا المصطلح أي عقد من العقود التي يكون لأحد المتعاقدين فيها حق إملاء شروطه على الطرف الآخر، متى كان إملاء تلك الشروط في حدود النظام العام والآداب، علما بأن حق إملاء تلك الشروط في عقد الإذعان الذي خوله القانون لأحد المتعاقدين لا يعني السماح له بالخروج عن أحكام العقد التي حددتها قواعد التشريع،² ومن بين ذلك تضمين عقد الإذعان شروطا مجحفة وتسمى شروطا تعسفية.

فالإذعان بهذا المعنى يتجلى في العديد من العقود خاصة عقود الاستهلاك التي يكون محلها سلع ضرورية لحياة الناس، كالعقود المبرمة بين الأفراد وشركات المياه والغاز والكهرباء والبريد والهاتف وشركات النقل بكافة وسائله برا وجوا و بحرا، فعندما يتعامل الفرد مع هذه الشركات فإنها لا تقبل المساومة لأن الشروط قد وضعت مسبقا من قبل الطرف المحتكر، وليس للفرد سوى أن يقبل التعاقد مع هذه الشركات ليستفيد من خدماتها التي تشكل ضرورة قصوى في حياته اليومية، ومن عقود الإذعان المشهورة أيضا عقد التأمين، عقد العمل، عقد النقل، عقد النشر، عقد البيع على التصاميم، وكذا العقود الالكترونية.

وعليه سنحاول التطرق إلى بعض أنواع عقود الإذعان على سبيل المثال لا الحصر، وذلك فيما يأتي:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 192.

² مصطفى النابر المنزول، "الجديد في عقود الإذعان -دراسة تطبيقية على أحكام التشريع السوداني مع التعليق عليها"، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، ع 19، السودان، 2009، ص 228.

1- عقد التأمين

تعددت التعاريف الفقهية لعقد التأمين، فعرفه الفقيه Planiol بأنه: "عقد بمقتضاه يتحصل المؤمن له على تعهد من المؤمن بأن يقدم له مبلغا من المال في حالة وقوع خطر معين مقابل دفع قسط أو اشتراك مسبق"¹.

وعرفه الفقيه هيمار Hemard بأنه: "عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن، على تعهد لصالحه أو لصالح الغير في حالة تحقق خطر معين من المؤمن الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر، ويجري المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء"².

وعرف المشرع الجزائري التأمين في المادة 619 ق.م.ج بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن).

وهو تقريبا نفس التعريف الوارد في المادة 2 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، حيث نصت على أنه: (إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى)³، وتم إضافة الفقرة 2 للمادة 2 بموجب القانون 04-06 التي نصت على أنه: (إضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة يمكن تقديم الأداء عينيا في تأمينات "المساعدة" و"المركبات البرية ذات المحرك")⁴.

¹ معراج جديدي، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 10.

² معراج جديدي، المرجع نفسه، ص 10.

³ أمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 13، الصادرة في 7 شوال 1415 الموافق 8 مارس 1995.

⁴ القانون 04-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة في 12 صفر 1427 الموافق 12 مارس 2006.

ويصنف عقد التأمين بأنه عقد غرر أو عقد احتمالي، حيث لا يستطيع أطرافه وقت إبرامه أن يحددا قيمة ما يعطيانه أو ما يأخذانه، لأن تحديد هذه القيمة يتوقف على وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه، وهو شيء مستقبلي غير محقق الحدوث.¹

كما يعد عقد التأمين أبرز مثال عن عقود الإذعان، ويتجلى الإذعان فيه في استقلال المؤمن -شركة التأمين- في وضع عقد التأمين مسبقا بكل ما يحتويه من بنود وشروط، في شكل مطبوع من طرف مختصين وعرضه على الناس كافة، ويقتصر دور المؤمن له في قبول العقد كاملا أو رفضه دون أن يكون له مجال مناقشة شروط العقد،² كما أن قطاع التأمين من القطاعات التي تخضع غالبا للاحتكار، الذي قد يكون فعليا بالتواطؤ بين شركات التأمين علنيا أو ضمنيا، أو قانونيا كالذي تمارسه شركات تأمين تابعة للدولة كما هو في الجزائر.³

2- عقد العمل

أجمع الفقه الفرنسي على تعريف عقد العمل بأنه: " اتفاق يضع بموجبه شخص هو الأجير نشاطه المهني تحت تصرف وإشراف شخص آخر هو المستخدم أو رب العمل مقابل عوض".⁴

كما عرف بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدد، ولمدة محددة أو غير محددة".⁵

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 73-74.

² علي لكبير، تأمين المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2014/2015، ص 39.

³ عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر 01، 2012/2013، ص 125.

⁴ بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل -علاقات العمل الفردية والجماعية-، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 57.

⁵ بشير هدي، المرجع نفسه، ص 57.

أما التشريعات فأغلبها لم تعرف عقد العمل، ومن بينها المشرع الجزائري وبالأخص القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل نجد أنه لم يعرف عقد العمل، ولكنه نص في المادة 8 منه على كيفية نشوء علاقة العمل بقوله: (تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما. وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات الجماعية وعقد العمل).¹

وتنقسم عقود العمل إلى عقود عمل فردية وعقود عمل جماعية، حيث ينعقد عقد العمل في العلاقات الفردية بين العامل ورب العمل، بينما في علاقات العمل الجماعية محل الإرادة الجماعية محل الإرادة الفردية في وضع شروط العقد وضوابطه، وتتجسد صور هذه العلاقات الجماعية التي تقوم أساسا بين ممثلي العمال وبين أصحاب العمل في إبرام وتنفيذ اتفاقيات العمل الجماعية والدفاع عن حقوق العمال،² ويثور التساؤل عما إذا كان عقد العمل عقد إذعان أم لا.

يرى البعض عدم إمكانية إدراج عقد العمل بين عقود الإذعان، لأنه لا يتوافر على الشروط الواجبة في عقود الإذعان، من حيث ضرورة السلعة أو الخدمة محل العقد، وأن تكون محل احتكار من قبل الطرف الأقوى في العقد، وصدور الإيجاب لكافة الناس بنفس الشروط.³

بينما يتجه الفقه الحديث إلى تصنيف عقد العمل ضمن عقود الإذعان، انطلاقا من أن العامل لا يستطيع مناقشة الشروط المفروضة عليه من قبل صاحب العمل بحكم مركزه الضعيف في العقد، حيث يضطر إلى التعاقد بسبب حاجاته الاقتصادية والاجتماعية،⁴ ولا

¹ قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، الصادرة في 01 شوال 1410 الموافق 25 أبريل 1990.

² بشير هدي، المرجع السابق، ص 191.

³ محمود صالح جابر وعلي محمد أبو العز، "التكييف الفقهي لعقد العمل"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، الأردن، 2011، ص 487.

⁴ بشير هدي، المرجع نفسه، ص 61.

يفرقون في ذلك بين عقد العمل الفردي أو الجماعي، فبالنسبة لعقود العمل الفردية يعتبر رب العمل هو المحتكر القانوني أو الفعلي للعمل، ويقدم شروط عقد العمل في صورة إيجاب دائم، وما على الراغب في العمل إلا أن ينضم إلى هذه الشروط فتتحدد علاقة العمل بين العامل ورب العمل،¹ أما عقود العمل الجماعية فتعتبر أيضا عقود إذعان لأن العمال يذعنون لما تمليه إرادة الجماعة التي تعبر عن إرادتها باسمهم، فالاتحادات المهنية والنقابات بقواعدها التنظيمية أصبحت تقف موقفا معادلا لأرباب العمل، وأضحت بقراراتها تنقسم معهم قوتهم الاقتصادية، وتستطيع أن تفرض عقودا نموذجية يتم على أساسها العقد.²

وعليه فإن اتفاقيات العمل سواء الفردية أو الجماعية تعتبر عقود إذعان، فالأولى لأن وضع شروطها يتم من قبل الطرف الأقوى في العقد وهو رب العمل، الذي يضع شروط العقد وليس للعامل مناقشتها فإما قبولها أو رفضها جملة، أما الثانية لأن وضع العقد يتم من طرف رب العمل والجماعة المتمثلة في النقابة أو الاتحاد المهني الذي أضحى يشكل قوة ضاغطة تتساوى قوتها مع القوة الاقتصادية لأرباب العمل، وليس للعامل سوى الرضوخ إلى ما يتفق عليه هذين الطرفين وقبول العقد جملة أو رفضه.

3- عقود الاستهلاك

تعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب لعقود الإذعان بحكم وجود علاقة غير متوازنة بين المستهلك والمهني، هذا الأخير الذي ينفرد بصياغة عقود الاستهلاك التي ينضم إليها المستهلكون من خلال ما يسمى بالعقود النموذجية،³ وذلك بالرغم من الآليات القانونية

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 133.

² لعشب محفوظ بن حامد، المرجع نفسه، ص 06.

³ صديق شياط، المرجع السابق، ص 249.

التي تركز حماية للمستهلك كإفادته بمهلة التفكير قبل إبرام العقد،¹ وجميعيات حماية المستهلك التي تعمل على تحسيسه وتوعيته وإعلامه.²

وتشمل عقود الاستهلاك شريحة كبيرة من السلع والخدمات التي لا يمكن للفرد أن يستغني عنها للعيش في المجتمع، ومزاولة وظائفه المتنوعة في الحياة، كخدمات الكهرباء والهاتف والتزويد بالمياه وخدمة الانترنت أيضا التي أصبحت من الضروريات هي الأخرى لضمانها التواصل بين الناس وتسهيل نقل المعلومات والحصول عليها، وهي خدمات محتكرة من طرف مهنيين ومحترفين ولا يمكن لأي كان أن يستأثر بممارستها وتقديمها، لذلك فهي عقود إذعان بامتياز.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان، وذلك في المادة 4/3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عند تعريفها للعقد الوارد في هذا القانون وذلك بقولها: (عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه)، لأن العون الاقتصادي³ ينفرد بتحرير بنود العقد

¹ خليفة بوداود وفواز لجلط، الآليات القانونية لتوعية المستهلك في العقد بين التقليدي والمعاصر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 07، ع01، جامعة المسيلة، 10/06/2022، ص 2011.

² خليفة بوداود وفواز لجلط، الآليات القانونية لتوعية المستهلك في العقد بين التقليدي والمعاصر، المرجع نفسه، ص 215.

³ القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق. تعرف المادة 3 فقرة 1 شرطة 1: (1- العون الاقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها). وتختلف المصطلحات التي أطلقها عليه المشرع الجزائري، فقد أطلق عليه اسم "المحترف" في المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وأطلق عليه تسمية "المهني" في القرار المتضمن تطبيق المرسوم التنفيذي 90-266، وأطلق عليه مصطلح "المتدخل" في القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بينما في القانون رقم 08-12 المعدل المتمم لقانون المنافسة فقد أطلق عليه مصطلح "المؤسسة". إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2018، ص 24.

مسبقا ويقوم بعرضه على كافة الناس، ولا يستطيع المستهلك¹ مناقشة شروط العقد ولا إجراء أي تعديل فيها.

4-العقد الإلكتروني

لقد ساعد التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال في ظهور أشكال جديدة للتعامل أبرزها التعاقد الإلكتروني الذي فرضته التجارة الإلكترونية عبر شبكات التواصل عن بعد، حيث يقوم الأشخاص باقتناء السلع والخدمات التي يعرضها أصحابها عبر الشبكة.

وفي هذا السياق سارعت مختلف دول العالم إلى تنظيم التجارة الإلكترونية، بما في ذلك المنظمات الدولية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي أصدرت الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وعلى الصعيد الداخلي للدول فقد سارعت الدول إلى سن تشريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية ومن بينها الجزائر التي أصدرت القانون 05-18 الصادر في 2015/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.²

وتعد الانترنت وسيلة لعرض المنتجات والخدمات وتسويقها والإعلان عنها في التجارة الإلكترونية، وهي وسيلة تسويق أكثر فعالية وتدر أرباحا أكبر من التجارة التقليدية، من حيث تخفيضها لمصاريف الشركات، والتواصل مع العملاء، واختفاء الوسطاء، كما أنها تتيح للمستهلك الاستفادة من خدماتها دون عناء التنقل والوقوف والانتظار في طابور لشراء منتج

¹ القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المادة 3 فقرة 2 شرطة 2 تعرف المستهلك بأنه: (2-مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يفتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني)، كما عرفه في المادة 3 فقرة 1 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي عرفه بأنه: (المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يفتني، بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به).

² تبارني السعيد وعبد الحفيظ بقة، ضوابط ممارسة التجارة الإلكترونية طبقا للقانون 05-18، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع04، سبتمبر 2020، ص 92.

معين، ولا يتطلب شراء لمنتج معين أكثر من مجرد النقر على زر الموافقة على المنتج الذي يريده.¹

ويعرف الدكتور خالد ممدوح إبراهيم العقد الإلكتروني عموماً بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية"²، وعليه فإن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث الأركان العامة للعقد، حيث يتوجب فيه توافر الرضا والمحل والسبب، إلا أنهما يختلفان في وسيلة إبرام العقد، حيث يتم إبرام العقد الإلكتروني وجوباً عن طريق شبكة اتصالات دولية، وهذا ما يميزه عن العقد التقليدي الذي يتم إبرامه عادة بحضور أطراف العقد في مجلس العقد.

ويعرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزامات تعاقدية"³، فطبقاً لهذا التعريف فإن العقد الإلكتروني هو عقد معد سلفاً من طرف البائع، ولا يملك المشتري مناقشة شروط العقد، فله إما قبولها أو رفضها جملة، وهو بهذا المعنى عقد إذعان.

من المتفق عليه أنه يجب توافر عدة شروط لاعتبار العقد عقد إذعان، وهي أن تكون السلع أو الخدمات المتعاقد عليها ضرورية للمستهلكين، وأن تكون محل احتكار قانوني أو فعلي من قبل الطرف الأقوى في العقد، وأخيراً يجب أن يصدر الإيجاب لكافة الناس بشروط واحدة،⁴ وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول طبيعة العقود الإلكترونية هل هي عقود إذعان فعلاً أم لا؟

¹ عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص 3-4.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 74.

³ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 73.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 281.

يرى جانب من الفقه أن العقود الالكترونية ليست عقود إذعان لعدم توافرها على الشروط الواجبة في عقود الإذعان، فلا يوجد ما يمنع المستهلك الالكتروني من مناقشة شروط العقد للعقد كما أنه له الحرية المطلقة في قبول أو رفض التعاقد، كما أن السلع والخدمات المعروضة عبر الانترنت لا تشكل ضرورة في حياة المستهلك، أما بالنسبة لشروط الاحتكار فهو أمر نادر لأن شبكة الانترنت هي شبكة عالمية ومفتوحة لكل الموردين، وبالتالي من النادر أن يوجد احتكار لسلعة ما على مستوى العالم.¹

إضافة إلى أن القانون قد أحاط المستهلك عامة ومنه المستهلك الالكتروني بنوع مميز من الحماية يتمثل في حق الرجوع أو العدول عن العقد في البيع الالكتروني أو حق الندم، الذي يتيح للمستهلك التراجع عن قراره،² وهذا الحق بالرغم من تناقضه مع القوة الملزمة للعقد إلا أنه تعزيز للحماية القانونية للمستهلك الالكتروني من أخطار المعلوماتية،³ حيث يجوز للمستهلك أي ممن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه قد تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين.⁴

كما يبرر منح المستهلك الالكتروني حق العدول أن المستهلك كفرد لا تتوافر له القدرات الفنية والقانونية والوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه من عقود تحقيقا لحاجاته الاستهلاكية المتزايدة، لذا فإنه يحتاج إلى حماية خاصة وذلك من خلال التخفيف من غلو مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومنح المستهلك خيار الرجوع عن العقود التي تسرع في إبرامها.⁵

¹ عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 61-62.

² جبروم هوييه تحت إشراف جاك غيستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني -العقود الرئيسية الخاصة-، المجلد 1، القسم 1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2003، ص 124.

³ يمينه حوحو، عقد البيع الإلكتروني - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2012/2011، ص 153-154.

⁴ بخالد عجالي، "حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، مجلة الحقوق والحرريات، ع 4، الجزائر، أفريل 2017، ص 333.

⁵ منير قاسم الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة والخاصة "دراسة تحليلية تفصيلية للنظرية بين القانونيين اليمني والمغربي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة المغرب، 2014/2013، ص 265.

ويمكن تعريف حق العدول بإيجاز بأنه: "مكنة للمستهلك في أن يعدل عن التعاقد بإرادته المنفردة خلال مهلة محددة، إما بموجب القانون أو الاتفاق حتى ولو لم يخل المهني بأي من التزاماته ويتم العدول بدون مقابل".¹

فحق العدول هو ميزة إما قانونية أو اتفاقية تمكن المستهلك الإلكتروني من التراجع عن إبرام العقد، حتى ولو لم يصدر أي خطأ من المهني، وهذا امتياز جد هام للمستهلك الإلكتروني منح له نظرا لمركزه الضعيف في التعاقد الإلكتروني، باعتباره لم يلق نظرة حقيقية على المنتج أو الخدمة إلا من خلال شاشة حاسوبه أو هاتفه الذكي، أما استعمال هذه الميزة فهو مقيد بمدة زمنية محددة إما قانونا أو اتفاقا، لأنه لا يمكن أن يترك مجال استعمال هذا الحق مفتوحا إلى الأبد وذلك لمصلحة العقد ذاته.

فلضمان استقرار العقود فإنه يتوجب تحديد مهلة زمنية للمستهلك لممارسة حق العدول، فإذا انقضت هذه المهلة دون إبدائه لرغبته في العدول، أصبح العقد باتا وناظا، وقد اختلفت التشريعات في تحديد هذه المهلة فقد كان المشرع الفرنسي في قانون 22 كانون الأول 1972 يحددها بسبعة (7) أيام اعتبارا من تاريخ الطلب المقدم طبقا للمادة 121-25 من قانون الاستهلاك،² وبعد تعديل هذا الأخير حددتها المادة 222-7 منه بأربعة عشر (14) يوما، إلا أنه رأى أن هذه المدة غير كافية في الحالة التي لا يقوم فيها المهني بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك عن الإجراءات العدول والاستثناءات الواردة عليه، فجعل هذه المدة ثلاثة (3) أشهر بدلا من 14 يوم، أما القانون المصري فقد حدد مهلة ممارسة حق العدول عن العقد المادة 8 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 حيث تنص على أنه: (... للمستهلك خلال 14 يوما من تسلم أية سلعة، الحق في استبدالها، أو إعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، ويلتزم المورد في هذه الحالة بناء على طلب المستهلك،

¹ زاهية حورية سي يوسف، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 7، ع 2، الجزائر، 2018، ص 14.

² جيروم هوييه تحت إشراف جاك غيستان، المرجع السابق، ص 125.

بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية كلفة إضافية)¹، أما المشرع الجزائري فلم يحدد مدة معينة.

فحسب الرأي الذي يرى أن العقود الالكترونية ليست بعقود إذعان فإن حق العدول عن العقد يغني عن أعمال حقه في اللجوء للقضاء وتعديل أو إبطال الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فإذا رأى المستهلك وجود شروط مجحفة في حقه فإن حق الرجوع عن العقد أضمن وأجدي له لضمان عدم التعسف في حقه.

لكن يرى جانب من الفقه وهو السائد أنه بالرغم من أن العقود الالكترونية لا تتوفر على عنصر الاحتكار في السلع والخدمات عادة، إلا أنه يكفي لتحقيق الإذعان أن يكون العقد معدا مسبقا بحيث لا يترك مجالا للمناقشة، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر اقتصاديا أو مهنيا، وهذا من شأنه توسيع الحماية المدنية للمستهلك²، وعليه فإنه طبقا لهذا المفهوم فإن العقود الالكترونية هي عقود إذعان.

بينما هناك جانب يرى أنه لتحديد الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية فيما إذا كانت عقود إذعان أو مساومة يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، فإذا تمت عبر وسائل سمعية بصرية فإن العقد رضائي لإمكانية التفاوض ومناقشة الشروط، أما إذا تم التعاقد عبر المواقع الالكترونية التي تستخدم عادة عقود نموذجية المعدة سلفا فإنها عقود إذعان³.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان، وذلك من خلال تعريفه للعقد الإلكتروني الوارد في المادة 2/6 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي نصت على أنه: **(العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد**

¹ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 21-22.

² سارة بولقواس، "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 02، المدينة الجزائر، سبتمبر 2017، ص 51.

³ سارة بولقواس، المرجع السابق، ص 52.

المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني¹، حيث أحالتنا هذه المادة على التعريف الوارد في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف ذكره، والمتعلق بتعريف عقد الإذعان، ومنه يتبين أن المشرع الجزائري قد عرف العقد الإلكتروني بنفس تعريف عقد الإذعان، وعليه فإن المشرع الجزائري يعتبر أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان والفرق بينها وبين عقود الإذعان الأخرى يتمثل في وسيلة إبرام العقد الذي يتم بصفة حصرية عبر وسائل الاتصال الإلكتروني.

ونحن من وجهة نظرنا نرى أن العقود الإلكترونية كنظيرتها التقليدية تنقسم إلى عقود مساومة وعقود إذعان، فإذا كانت قابلة للمناقشة والتفاوض فهي عقود مساومة، أما تلك التي لا يجوز مناقشتها ويتم قبولها كليا أو رفضها جملة فهي عقود إذعان، وعليه فليس كل عقد تم الكترونيا هو عقد إذعان إلا إذا تضمن شروطا معدة مسبقا من طرف المهني أو المحترف الذي يكون في وضع أقوى من المستهلك الإلكتروني، لا يقبل مناقشتها من قبل الطرف الآخر الذي لا يملك إلا قبولها كليا أو رفضها.

5- عقد النقل

يعرف الفقه عقد النقل بأنه: "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص يطلق عليه أمين النقل أو الناقل بنقل أشخاص أو أشياء من جهة إلى أخرى بواسطة أداة نقل في مقابل أجر".²

وتعرف المادة 36 من القانون التجاري الجزائري عقد النقل بأنه: (عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين).³

¹ قانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر.ج.ج، ع 28، الصادرة بتاريخ 30 شعبان 1439 الموافق 16 مايو 2018.

² لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 107.

³ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون التجاري، ج. ر.ج.ج، ع 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975.

ويعد النقل أحد أهم الضروريات للناس في المجتمع، التي لا غنى لهم عنه في حياتهم اليومية، فضرورة التنقل اليومي من مكان لآخر تجبر المستهلك على استخدام إحدى وسائل النقل البرية البحرية أو الجوية، لغرض العمل السفر أو السياحة أو نقل البضائع والأشياء... وغيرها، وعموما فإن هذه الوسائل هي محل احتكار فعلي أو قانوني من طرف الشركات الوطنية أو الخواص، وهذا ما يجعلها تفرض شروطها من ثمن التذكرة، مواعيد انطلاق الرحلات... وغيرها، على مستخدمي وسائل النقل بموجب عقود معدة سلفا، لا يمكن مناقشتها مطلقا من طرف المستهلكين، الذين يلتزمون بالشروط الموجودة في تذكرة السفر وكذلك بشروط التعريفية الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر.¹

وعليه فإننا نرى أن عقود النقل بمختلف وسائله هي عقود إذعان، نظرا لتوافر جميع شروط الإذعان فيها وهي ضرورتها للتنقل الأشخاص، واحتكارها من طرف الناقل، وإعداد شروط العقد سلفا، وتوجيه إيجاب للجميع بنفس الشروط، وقبول المتعاقد العقد كليا أو رفضه جملة دون إمكانية مناقشة شروطه.

6- عقد النشر

عرف المشرع الجزائري عقد النشر في المادة 84 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه: (العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر. يشمل عقد النشر المصنف الأدبي أو الفني في شكل طباعة خطية أو تسجيلات سمعية أو سمعية بصرية)²، يلاحظ أن المشرع الجزائري توسع في تعريف عقد النشر، فهو يشمل المصنفات الأدبية والفنية، وعليه فإن عقد النشر هو عقد يلتزم بموجبه الناشر بنشر عمل المؤلف سواء كان أدبيا أو فنيا مقابل أداء مالي يتلقاه المؤلف.

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 129.

² الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج.ج، ع 44، الصادرة في 23 جمادى الأولى 1424 الموافق 23 يوليو 2003.

فطرفا عقد النشر هما المؤلف والناشر، ويعتبر هذا الأخير رب عمل، في حين يعتبر المؤلف بمثابة مقاول، ويتجه معظم الفقه إلى اعتبار عقد النشر من عقود الإذعان نظرا لانفراد الناشر بوضع بنود وشروط عقد النشر سلفا لأنه صاحب احتكار،¹ أما المؤلف فلا يستطيع مناقشة هذه الشروط فإما أن يقبلها جملة أو يرفضها ويتجه إلى نشر مؤلفه لدى ناشر آخر، ونحن من وجهة نظرنا نؤيد هذا الرأي.

7- عقد البيع على تصاميم

بهدف معالجة أزمة السكن الخائفة في الجزائر، وعجز الدولة عن تلبية احتياجات المواطنين في السكن نظرا لتزايد عدد السكان، وقلة وجود مشاريع لبناء سكنات عائلية، وارتفاع سعر العقار بشكل غير معقول بسبب السعي إلى الربح دون احترام قواعد التهيئة والتعمير والمضاربة في العقار، ظهر عقد البيع على التصاميم للتقليل من مشكلة السكن في الجزائر سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري، والذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17/02/2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ويعرف المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم في القانون 11-04 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في المادة 28 فقرة 1 منه على أنه: (عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز).²

يعد عقد بيع عقار على تصاميم عقد إذعان، لأن المشتري يخضع للشروط التي يضعها المرقى في العقد مسبقا في شكل نموذج دون مناقشتها أو تعديلها، وإنما هو ملزم إما

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 143.

² القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج.ج، ع 14، الصادرة في 01 ربيع الأول 1432 الموافق 06 مارس 2011.

بقبولها أو رفضها جملة، لكن أمام أزمة السكن وقلة العرض مقابل ارتفاع الطلب على السكن، فإنه مضطر إلى قبول هذه الشروط دون مناقشتها مما يجعل هذا العقد عقد إذعان.¹

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

انقسم الفقهاء في تحديد طبيعة عقود الإذعان إلى فريقين رئيسيين، فالفريق الأول يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ويذهب الفريق الثاني إلى أنها عقود حقيقة لا تختلف عن باقي العقود، إلى جانب فريق وسط بين هذين الفريقين.

وعليه سنتناول الفريق الأول الذي يتمسك بالطبيعة غير التعاقدية لعقد الإذعان (أولاً)، ثم الفريق الثاني الذي يأخذ بالطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان (ثانياً)، وأخيراً الفريق الوسط (ثالثاً).

أولاً: الفريق الأول - الطبيعة غير التعاقدية لعقد الإذعان -

ذهب فقهاء القانون الإداري الأستاذ سالي Saleilles و ديجي Duguit و هوريو Hauriou ، إلى إنكار الصبغة التعاقدية على عقود الإذعان، إذ أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول هو مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً ألزمت شركات الاحتكار الناس بإتباعه، فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، ويرى الأستاذ ديموج Dimogue أن عقد الإذعان هو "مركز قانوني منظم يجب أن يعنى في تطبيقه بالصالح العام أولاً، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد".²

¹ يمينة ححو، عقد البيع في القانون الجزائري، ط 1، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء الجزائر، 2016، ص 118.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 193.

ويرى الأستاذ سالي أن عقود الإذعان هي "عقود مدعاة ليس لها من العقد سوى الاسم"، ويذهب في تحليله إلى أنها عقود تغلب فيها إرادة واحدة تعمل كإرادة منفردة تملّي قانونها ليس على فرد واحد ولكن على مجموعة غير محدودة من الأشخاص، تلتزم مقدما من جانب واحد، حتى يقع إذعان من هؤلاء الذين يريدون قبول قانون العقد، وبذلك فإن مصدر القيمة القانونية لعقد الإذعان ليس توافق إرادتين وإنما مصدرها هو الإرادة المنفردة لمن وضع شروطه،¹ وهو يتفق مع الأستاذ الذي يرى أن عقد الإذعان هو: "تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب" ليس بعقد حقيقي وهو يتعلق بمركز تنظيمي أو مركز موضوعي.²

ويرى دوجي أيضا أن عقد الإذعان هو عمل من أعمال الإرادة المنفردة إلا أنه يرى أن الإرادة سواء كانت إرادة الفرد أو إرادة الحاكم لا تستطيع وحدها خلق القانون، وإنما الذي يخلق القانون هو المنفعة العامة أو ما يسميه "الضرورات الاجتماعية" وأن الإرادة لا يكون لها قيمة قانونية إلا إذا كانت متفقة مع تلك الضرورات الاجتماعية.³

أما هوريو فيرى كباقي زملائه أن عقد الإذعان ليس بعقد وإنما هو "نظام" أو "تنظيم"، فهو يرى أن العقد هو أمر سريع الزوال ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، في حين أن فكرة المشروع تفترض بعض الدوام، ومن ثم فإن فكرة المشروع تتفق مع التنظيم أكثر من فكرة العقد، ويعرف هوريو التنظيم بأنه: "وسيلة قانونية دائمة يلجأ إليها لتحقيق مشروع ما" ويعتبر من قبيل التنظيم شركات التأمين، وشركات الإنارة، والنقل، والمياه، والهاتف.... وغيرها.⁴

¹ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 177.

² سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للالتزام -الحكم-القرار الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 468

³ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 177.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص 177.

إذا فحسب أعداء الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان هو نظام قانوني، أو مركز موضوعي، أو تصرفين متوازيين بالإرادة المنفردة لكل من الطرفين، أي تصرف بالإرادة المنفردة للطرف الأقوى، وتصرف بالإرادة المنفردة للطرف الضعيف.¹

ثانياً: الفريق الثاني - الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان -

يرى هذا الفريق وهم غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، وإنما بتقوية مركز الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف الأقوى في العلاقة، ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معاً: الأولى وسيلة اقتصادية وذلك بجمع المستهلكين وتعاونهم على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية حيث يتدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان.²

ويرجح أن ما ذهب إليه فقهاء القانون المدني من أن عقود الإذعان هي عقود بالمعنى المألوف للعقود الرضائية، لأنها تتم بتوافق إرادتين بالرغم من عدم تساويهما، فأحد الأطراف ضعيف الإرادة بسبب حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة محل العقد، أما الطرف الآخر فقوي الإرادة بسبب النفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به والذي يمكنه من الانفراد بصياغة العقد وبنوده،³ كما أن هذه العقود تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها باقي العقود، والقانون لا يستلزم لقيام العقد أن يكون مضمونه محلاً للمساومة قبل إبرامه، كما أنه لا يشترط أن تتحقق المساواة الاجتماعية بين أطرافه، وقد تبنى القضاء المصري هذا الاتجاه

¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للالتزام -الحكم-القرار الإداري، المرجع السابق، ص 468.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، المرجع السابق، ص 193.

³ منهل عبد الغني قلندر، المرجع السابق، ص 33.

حتى في ظل التقنين المدني القديم،¹ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث اعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية تقوم على مبدأ الرضائية وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكنه في نفس الوقت أحاط الطرف الضعيف بنوع من الحماية عند تفسير العقد حيث يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف الضعيف حتى ولو كان دائماً وهذا خروجاً عن المبدأ العام الذي مفاده أن الشك يفسر لصالح المدين طبقاً لنص المادة 1/112 ق.م.ج: (يؤول الشك في مصلحة المدين)، كما منح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان لصالح الطرف الضعيف.

ثالثاً: الفريق الوسط

بين الفريق الذي ينفي الصفة التعاقدية على عقد الإذعان، وذلك الذي ينادي بالطبيعة العقدية لعقد الإذعان، وجد فريق ثالث اتخذ موقفاً وسطاً بين هذين الفريقين، منهم من يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك ديموج، ومنهم من يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية، فيعتبر عقد الإذعان خليطاً من جزئين أحدهما تعاقدية والآخر لائحي وهو رأي الأستاذ جونو وتبعه الفقيه لويس لوكا، ومنهم من يقترب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو الأستاذ "ديرو"، حيث يرى أن الشروط الأساسية الضرورية أو الجوهرية يتفق عليها المتعاقدان بحرية إما شفاهة أو كتابة، أما الشروط الثانوية أو التبعية وتلك هي الشروط المطبوعة فهي مكملات للالتزامات الأساسية ولا ترقى إلى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد، إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد لأن الشروط الجوهرية في عقد الإذعان غالباً ما تكون مطبوعة في عصرنا هذا، ولا يتم الاتفاق عليها كتابة أو شفاهة بين المتعاقدين.²

ونحن من وجهة نظرنا نؤيد الفريق الذي يرى أن عقد الإذعان هو عقد ذو طبيعة تعاقدية لأنه يتضمن جميع أركان العقد، وشروط صحته، أما خلوه من عنصر المساومة فإنه

1 حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 179.

2 لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 53-54.

لا ينفي عنه الطبيعة التعاقدية وإنما يجعله عرضة لاختلال توازنه المالي الذي لا يؤثر في طبيعته التعاقدية مطلقاً، ولكنه يتيح للطرف الضعيف المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد كما سنرى فيما بعد.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية ومعاييرها

يرتبط مصطلح الشروط التعسفية عموماً بعقد الإذعان، إلا أنها ليست حكراً عليه، فيمكن أن يتضمن أي نوع من العقود شروطاً توصف بأنها تعسفية، لذلك تستوجب دراستنا تناول مفهوم الشروط التعسفية الذي سنخصص له (الفرع الأول)، وكذا التطرق إلى معاييرها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

نتناول من خلال مفهوم الشروط التعسفية تعريف هذه الأخيرة (أولاً)، ثم التطرق إلى أنواعها (ثانياً).

أولاً: تعريف الشروط التعسفية

عندما يتم تحرير بنود العقد من طرف أحد المتعاقدين ولا يملك الطرف الآخر مناقشتها فإما أن يقبلها كما هي أو يرفضها جملة، فمن الطبيعي أن يقوم الطرف الأقوى في العقد بإدراج الشروط التي تناسبه وتخدم مصلحته، وإذا كانت هذه الشروط تمنحه ميزة فاحشة فإنها تسمى شروطاً تعسفية،¹ ويترتب عن هذه الشروط اختلال في التوازن المالي للعقد.

وترتبط الشروط التعسفية عادة بعقود الإذعان، إلا أن البعض يرى أن نطاقها يمكن أن يمتد إلى كل العقود سواء الرضائية أو النموذجية، كالمشرع الفرنسي الذي ذهب إلى تطبيق النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية على جميع العقود مهما كان شكلها كعقد البيع

1 Mohamed LACHACHI, L'Equilibre du contrat de consommation (Etude comparative), Magister en droit privé, Faculté de droit université d'Oran, 2012/2013, P 85.

والإيجار والتأمين، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا، وسواء انصبت على السلع أو الخدمات، وليس فقط على عقود الإذعان، أما المشرع الجزائري فقد قصر تطبيق النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون 04-02 على عقود الإذعان فقط، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري.¹

ويرجع بعض الفقه السبب في إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان إلى الطريقة التي يتم بها تحرير العقد، وهي الإرادة المنفردة، وأن العقود النموذجية التي تعتبر مصدرا للإذعان هي مصدر خطير للتعسف.²

ويعرف الفقه التعسف عموما بأنه: "ممارسة الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق مشروع ثبت له بعوض أو بغير عوض على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية".³

أما الشرط التعسفي فيعرفه بأنه: "الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة في العقد، ويمنح هذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"،⁴ وعليه فإن الشرط التعسفي عادة ما يتم إدراجه في العقد مسبقاً، أي قبل أن يتقدم الطرف الآخر لقبول التعاقد، من قبل الطرف الأقوى في العقد الذي يتمتع غالباً بنفوذ اقتصادي هام، ويمنحه أرباحاً فاحشة على حساب الطرف الآخر الذي لا يملك مناقشة العقد فإما أن يقبل التعاقد أو يرفضه جملة.

1 بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 168 و 177.

2 مقني بن عمار، ((قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن)) مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مج 01، ع 01، ديسمبر 2014، ص 160.

3 صديق شيايط، المرجع السابق، ص 248.

4 محمد فواز الآلوسي، "التعسف في عقود الإذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، مج 02، ع 13، العراق، 2007، ص 201.

ومن هنا يترتب عن الشرط التعسفي اختلال في التوازن المالي للعقد، ومرد ذلك أن الطرف الضعيف لا يشارك في تحديد المضمون العقدي، فالإرادة القوية وحدها من تملّي الشروط التي إما أن تخفف من التزامه أو تزيده.¹

ويعرف الفقه الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بأنه: "الشرط الذي بمقتضاه يفرض على المستهلك التزامات صارمة في حين الطرف الآخر الذي يورد له الخدمة يخضع لشروط يتوقف تحقيقها على إرادته وحده، وهو ما يسمى بالشرط الإرادي المحض"²، فعقود الاستهلاك تتميز بالتفاوت الواضح بين القدرات الاقتصادية والعلمية لأطرافها، والشرط التعسفي في هذه العقود يترتب عليه اختلال في التوازن بين حقوق وواجبات كل من المهني والمستهلك، وبمعنى آخر فإن الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك يفرضه المهني مستخدما نفوذه الاقتصادي ليحصل على ميزة فاحشة على حساب المستهلك.³

كما عرفه الأستاذان جين كالي أولوي JEAN CALAIS AULOY وفرانك ستينماتز FRANK STEINMETZ بأنه: "هو تعسفي، كل شرط حرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر قوة، مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفا"⁴

وعرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية في المادة 35 من قانون 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك الملغى بأنها: (تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة)،⁵ أما قانون المستهلك الفرنسي رقم 95-96 فقد عرفها في المادة L132-1 الفقرة 1 المستبدلة في 19 جوان 2020 بالمادة L-212-1 بأنه: (في

¹ فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 243.

² محمد فواز الألوسي، المرجع السابق، ص 201-202.

³ بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 169.

⁴ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 65.

⁵ محمد فواز الألوسي، المرجع السابق، ص 201.

العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، تعد شروطا تعسفية تلك الشروط التي تهدف أو تحدث اختلالا واضحا بين حقوق وواجبات الأطراف)¹.

وعرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في المادة 5/3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد)²، يلاحظ على هذا التعريف تبنيه لمعيار الاختلال الواضح بين حقوق وواجبات أطراف العقد وهو نفس المعيار المتبنى من طرف المشرع الفرنسي في المادة 1-132 L من قانون المستهلك الفرنسي رقم 95-96، ويؤخذ عليه عدم تحديده لصفة من يقوم بوضع الشرط التعسفي، وعدم تطرقه إلى وجوب أن يكون الشرط التعسفي مكتوبا وأن يتم وضعه مسبقا، وهذا أمر طبيعي لأن واضعه هو المشرع الذي يقتصر دوره عادة على وضع القواعد القانونية وليس التعريفات التي هي من اختصاص الفقه أصلا.

والشروط التعسفية في العقد تشكل خطأ من طرف المتعاقد الأقوى في العقد، الذي يحدث ضررا بالغير وهو بصدد استعمال حقه في وضع شروط العقد، سواء بقصد أو بغير قصد، وقد يأخذ الشرط التعسفي باعتباره خطأ أو تعسفا في استعمال الحق أحد الصور المنصوص عليها في المادة 124 مكرر ق.م.ج التي تنص على أنه: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

¹ Art L212-1

(Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat), code de consommateur Français, <https://www.legifrance.gouv.fr/> date de révision 01/07/2020 à 15.10.

2 قانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، ع 41، الصادرة في 9 جمادى الأول 1425 الموافق 27 يونيو 2004.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

وقد حدد المشرع الجزائري الشروط التعسفية في بعض المواد، حيث حدد الشروط التعسفية في عقد التأمين بموجب المادة 622 ق.م.ج التي تنص على أنه: (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية،
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،

كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

وحددت المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك بأنها: (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
 - 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
 - 7- التفرد بتغيير آجال التسليم المنتج أو آجال تنفيذ خدمة،
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة).

وكذا المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وذلك بنصها على أنه: (تعتبر بنود تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته ،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته).

وبهذا يكون المشرع قد وضع قائمة بالبند التي يعتبرها تعسفية، دون أن يتبنى صراحة نظام القائمة¹ في تحديد الشروط التعسفية المعمول به في التشريعات الأوروبية الحديثة، التي أخذته عن القانون الألماني الصادر في 1976/12/09 المتعلق بالشروط العامة في العقود، والغرض من ذلك حماية ورفع الغبن عن المستهلك الذي يجد صعوبة بالغة في معظم الأحيان في إثبات الطابع التعسفي للشرط.²

وعليه فإن الحماية التي يتمتع بها المستهلك من خطر الشروط التعسفية يغلب عليها الطابع التشريعي، وكذا التنظيمي الممثل في لجنة الشروط التعسفية، وتكملهما الحماية القضائية بموجب المادة 110 ق.م.ج وهذا ما سنراه لاحقا.

من جملة تعريفات الشرط التعسفي يتبين أنه يتميز بثلاث خصائص أساسية هي:³

- 1- يتم وضع الشرط التعسفي من طرف المتعاقد الأقوى في العقد، الذي يتمتع عادة بنفوذ اقتصادي هام، ويسعى من وراء وضعه لهذا الشرط تحقيق غرض أو مصلحة شخصية على حساب الطرف الآخر في العقد أي الطرف الضعيف.
- 2- يسبب الشرط التعسفي اختلالا في التوازن المالي للعقد، لأنه يمنح ميزة فاحشة لواضعه مما يترتب عنه عدم التكافؤ بين حقوق وواجبات أطرافه.

1 Mohamed HACHACHI, "Les clauses abusives « notions et moyens de lutte en droit Algérien et Français »", Journal d'études juridiques comparées, N° 03, décembre 2016, P 240.

2 فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2017/2018، ص24-25.

3 بشير دالي، "مدى تأثير الشروط التعسفية على مبدأ حرية التعاقد"، المعيار، المجلد 05، العدد 10، جوان 2016، ص 194.

3- يتميز الشرط التعسفي بكونه مكتوبا مسبقا من طرف المتعاقد الأقوى، ولا يكون للطرف الآخر في العقد أية حرية في مناقشته أو إبداء رأيه، فعليه إما قبول العقد جملة أو رفضه، وهذا يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يضمن لكل طرف في العقد مناقشة شروطه.

ثانيا: أنواع الشروط التعسفية

عرفنا فيما سبق أن الشروط التعسفية وإن كان يتم ربطها عادة بعقود الإذعان، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تتضمن العقود الرضائية شروطا تعسفية، وعليه يمكننا تقسيم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية نص المشرع صراحة على أنها تعسفية وهي تلك المتعلقة فقط بعقود الإذعان، وشروط يستفاد ضمنا أنها تعسفية، وهي تلك الشروط التي يمكن أن ترد في أي عقد، ولا تتعلق فقط بعقود الإذعان.

1. الشروط التعسفية الصريحة

وهو النوع الذي نحن بصدد دراسته في هذه الأطروحة، ويمكن تقسيم الشروط التعسفية الصريحة وذلك استنادا إلى المرحلة التعاقدية التي يمر بها العقد إلى نوعين، شروط تظهر في مرحلة تكوين العقد وتسمى شروط تعسفية بذاتها، وشروط تظهر في مرحلة تنفيذ العقد وهي شروط تعسفية بحكم استعمالها.

1.1. الشروط التعسفية بذاتها

يظهر التعسف في هذا النوع من الشروط منذ إدراجها في العقد أي في مرحلة تكوينه، من خلال ألفاظها المتناقضة مع جوهر العقد، أو تناقض بنود العقد فيما بينها.

وفيما يلي نعرض بعض الأمثلة عن الشروط التعسفية التي تظهر في بداية التعاقد:

- الشروط المتعلقة بتحديد التزامات الموجب كشرط الإعفاء من الضمانات وشرط فسخ العقد بإرادته المنفردة، حيث تنص المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية الجزائري على أنه: (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك

- والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير....1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك...)
- الشرط الذي يرد في العقود المصرفية والمتضمن إخلاء مسؤولية المصرف عن عدم إعلام العميل عن أي تغيير في محل إقامته بكتاب خطي موقع عند عدم وصول المراسلات في آخر عنوان لديه.¹
- الشرط الذي يلزم مستهلكي الخدمات العمومية بدفع رسوم الاشتراك الشهرية سواء استعملوا الخدمة أم لا.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن في التعويض بسبب خرقه للنظم، حيث تنص المادة 622 من ق.م.ج على أنه: (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:... الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية...)، ويبرر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات تتجم عن مخالفة القوانين أو اللوائح،² ومن قرارات المحكمة العليا التي تعتبر التنازل عن المطالبة بالتعويض شرطا تعسفيا ملف رقم 1012845 قرار بتاريخ 2015/10/22 قضية (ب.ر) ضد الشركة الوطنية للتأمين SAA تنس رمز 1703، حيث اعتبرت كمبدأ أن عقد التأمين هو عقد إذعان، وشرط التنازل عن أي مطالبة بالتعويض يعتبر تعسفيا، يعطي للمؤمن له الحق في طلب التعويض وفقا للمادة 110 ق.م.ج.³
- الشرط الذي يقضي بتوقيع المستهلك على وثيقة معدة سلفا دون أن يعرف محتواها.⁴

¹ محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص 203.

² خديجة فاضل، عيمة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق الجزائر 1، 2014/2015، ص 64.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1012845 بتاريخ 2015/10/22، مجلة المحكمة العليا، ع 02، الجزائر، السنة 2015، ص 37.

صديق شياط، المرجع السابق، ص 250.⁴

1.2. الشروط التعسفية بحكم استعمالها

وهي شروط تظهر فيها صفة التعسف في مرحلة تنفيذ العقد، نذكر على سبيل المثال الشروط التالية:

- الشرط الذي يعفي البائع من الالتزام بضمان العيوب الخفية، أو الشرط الذي يحدد وقتا قصيرا لفحص السلعة، وقد قررت المحكمة العليا أنه لا يمكن لشركة التأمين إدراج شروط تعسفية في العقد، قصد تملصها من الالتزام بالضمان، في الملف رقم 0966913 قرار بتاريخ 2015/03/19 الذي جاء فيه: "حيث فعلا قضاة المجلس باكتفائهم بهذا التسبب أشابوا قرارهم بعيب قصور التسبب، ذلك أنه كان يتعين عليهم مناقشة والرد على دفع الطاعنة التي مؤداها أن التامين شمل جميع الأخطار وتحديد خطر خسارة الاستغلال بعد كسر الآلات، وبأن تقرير الخبرة يفيد أن فرققتها التي تتولى صيانة الآلات تدخلت لتصليح العطب الحاصل في جهاز محول الحرارة الذي كان السبب في تلف المنتج أي أنها اتخذت التدابير اللازمة، لتفادي الضرر الناجم عن خطر مؤمن له، ولا يمكن للمؤمنة المطعون ضدها إدراج شروط تعسفية في العقد قصد تملصها من الالتزام بالضمان".¹
- الشرط الذي يعطي المصرف الحق في الحسم التلقائي لأي مبلغ أضيف على الحساب كمصاريف البريد أو أي مصاريف تتعلق بمسك الحساب دون الرجوع للطرف الآخر.²
- الشرط الذي يسمح للطرف القوي تعديل بنود العقد في أي وقت دون موافقة الطرف الآخر، المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية: (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير...3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،...).

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 0966913 بتاريخ 2015/03/19، مجلة المحكمة العليا، ع

01، الجزائر، 2015، ص 161-164

² محمد فواز صباح الألوسي، المرجع السابق، ص 204.

- الشرط الذي يمنح حق تفسير العقد أو أحد شروطه للطرف المذعن، المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية: (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير... 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية).
- اشتراط سقوط حق المؤمن له عند التأخر في إبلاغ المؤمن له عن الحادث إذا تبين أن التأخر كان بعذر مقبول، وفي هذا تنص المادة 622 من القانون المدني الجزائري: (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ... الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول...)
- الأحكام التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال المادة 17 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على أنه: (تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال، كيفما كان نوعه في مجال الشغل أو الأجرة أو ظروف العمل، على أساس السن والجنس أو الوضعية الاجتماعية، أو النسبية، والقرباة العائلية والقناعات السياسية والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها).

2. شروط يستفاد ضمنا أنها تعسفية

تنقسم الشروط التي يستفاد ضمنا أنها تعسفية إلى ثلاثة أنواع، شروط تؤدي إلى بطلان العقد، وشروط تبطل لكنها لا تؤدي إلى بطلان العقد، وشروط لا تبطل ولا تبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها.

2.1. الشروط التي تؤدي إلى بطلان العقد

هناك شروط تبلغ حدا من الجسامة فإذا ما تم إدراجها في العقد يمكن وصفها بأنها تعسفية، ونظرا لجسامتها فإنها لا تؤثر فقط على الشرط بل تؤثر على العقد ككل ما يؤدي

إلى بطلانه، ومن أمثلة ذلك الشرط الإرادي المحض، وهو ذلك الشرط الذي يتوقف على محض إرادة الشخص وعلى مجرد مشيئته، فهو الذي يتطلب سوى مجرد تعبير عن الإرادة، فيكون وجود الالتزام إذا كان الشرط واقفاً، أو زواله إذا كان الشرط فاسخاً.¹

ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة 205 من ق.م.ج بقولها: (لا يكون الالتزام قائماً، إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم)، فالالتزام المقترن بشرط أصلاً هو التزام مجهول المصير لعدم معرفة ما إذا كان الشرط سيتحقق مستقبلاً أم لا،² فما بالك بالالتزام معلق على شرط مشيئة المتعاقد، وعليه فقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 205 أعلاه على بطلان الالتزام المتوقف على محض إرادة الملتزم، ويشمل هذا الحكم العقد باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام، لأن الشرط كوصف معدل للالتزام لا يقوم إلا على أربعة مقومات منها وجوب ألا يكون مخالفاً للقانون أو للأداب العامة.

2.2. الشروط التي تبطل لكنها لا تؤدي إلى بطلان العقد

هناك شروط تعتبر تعسفية لكنها لا تبلغ حداً من الجسامة تؤثر به على العقد ككل، إنما يتم استبعادها من العقد مع الإبقاء عليه، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي يستبعد ضمان الاستحقاق من عقد البيع،³ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 378 من ق.م.ج على أنه: (يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزاع ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)، ومنه فالبايع يبقى مسؤولاً عن أي نزاع يحدث بفعله، ولا يعتد بالاتفاق الذي أجراه مع المشتري حول إعفائه من الضمان، وعليه فعقد البيع يبقى قائماً أما شرط عدم الضمان فوحده هو الذي يبطل....

¹ سفيان سوام، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، مركز جيل البحث العلمي-مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ع 04، جوان 2016، ص 129.

² مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي -أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 2، بيروت، 1970، ص 19.

³ سفيان سوام، المرجع السابق، ص 130.

2.3. الشروط التي لا تبطل ولا تبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها

هناك شروط يتفق المتعاقدان على تحقيقها لمصلحتها ثم يتبين عند تنفيذها تغير الظروف التي أبرمت فيها فتصبح تعسفية بالنسبة لأحد المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك الشرط الجزائي¹، فهذا الأخير هو اتفاق بين طرفي العقد على تحديد مبلغ معين من النقود يدفعه المدين للدائن حال إخلاله بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وعليه فهو ليس شرطا تعسفيا بذاته، إنما قد يظهر بعد إخلال المدين بتنفيذ التزامه وحدث الضرر للدائن، أن التعويض المتفق عليه يفوق حجم الضرر، هنا يصبح الشرط الجزائي تعسفيا بالنسبة لما يفوق حجم الضرر، ويجوز للقاضي التدخل لإعادة التوازن المالي للعقد بتخفيض قيمة الشرط الجزائي، وهو ما سنتحدث عنه بالتفصيل في الفصل الخاص بالشرط الجزائي.

الفرع الثاني: معايير الشروط التعسفية

من تعريفات الشرط التعسفي التي تطرقنا إليها سابقا يتضح لنا أن هناك ثلاثة معايير لاعتبار الشرط تعسفيا، اثنان منهما مكملان لبعضهما أحدهما اقتصادي وهو استغلال النفوذ الاقتصادي، والآخر قانوني ويتمثل في الميزة الفاحشة، وهما مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة، وعليه سنتناولهما (أولا)، بالإضافة إلى معيار ثالث وهو معيار وحيد أخذ به المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي في التعريف الذي أورده سابقا وهو الاختلال الواضح بين حقوق وواجبات الأطراف، وهو ما سنتطرق إليه (ثانيا).

أولا: المعياران المتكاملان (الاقتصادي والقانوني)

يرى جانب من الفقه أنه: "لكي يعتبر الشرط تعسفيا يجب أن يتوافر فيه عنصران هامين: الأول اقتصادي وهو استعمال التعسف لا استعمال القوة الاقتصادية للمزود، والثاني قانوني: وهو الميزة المفرطة المتجاوزة التي يحصل عليها المزود أو المحترف بسبب التعاقد

1 سفيان سوام، المرجع نفسه، ص 130.

حيث يؤدي إلى عدم التوازن العقدي لصالح المزود في مواجهة المستهلك¹، وهما المعياران الذين أخذ بهما المشرع الفرنسي في تعريفه للشروط التعسفية في المادة 35 من قانون 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك السالفة الذكر، فهما معياران متكاملان لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر ومرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة.

1. المعيار الاقتصادي - معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي -

ويتمثل في استغلال الطرف الأقوى في العقد لنفوذه الاقتصادي في وضع شروط تخدم مصلحته وتكسبه أرباحاً فاحشة على حساب الطرف الآخر في العقد الذي يعتبر مركزه ضعيفاً.

والتعسف في استعمال القوة الاقتصادية يشمل التعسف في الموقف، والتعسف في استعمال الحق، فإذا كان استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف الموقف، فهذا يجب التحقق من أثر هذا التعسف على إرادة المتعاقد الضعيف، الذي يقترب من مفهوم الإكراه أو الاستغلال أي الاستفادة من وضع الضعف الذي وجد فيه المتعاقد والهيمنة التي وجد فيها الطرف الآخر، وبالتالي فمفهوم تعسف القوة الاقتصادية للمهني يتمثل في وضعه القوي اقتصادياً ويقابله وضع المستهلك الضعيف الذي ليس لديه إلا قبول التعاقد أو رفضه.²

2. المعيار القانوني - معيار الميزة الفاحشة -

يتمثل المعيار القانوني لاعتبار الشرط الذي تضمنه عقد الإذعان تعسفياً في الميزة الفاحشة التي يحققها الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، ما يتسبب في اختلال التوازن المالي للعقد.

ويعد اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة للمعيار الأول أي استغلال الطرف الأقوى في العقد لنفوذه الاقتصادي في تحرير العقد وإملاء الشروط التي تخدم مصلحته، فالمعيار الأول أي الاقتصادي والمعيار الثاني القانوني مرتببان ارتباط السبب بالنتيجة.³

1 عامر رحمون، المرجع السابق، ص 86.

2 عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 180.

3 محمد فواز الألوسي، المرجع السابق، ص 203.

وقد تعرض هذا المعيار إلى نقد شديد بسبب غموضه وإثارته لعدة إشكالات عملية، أهمها عدم تحديد كيفية تقدير الميزة الفاحشة من قبل المشرع، أو على الأقل تحديد رقم معين على أساسه يتم تقدير فحش هذه الميزة كما فعل مع الغبن (حيث يرى جاك غيستان Jacques Ghestin أن فكرة الميزة الفاحشة تقترب من الغبن لأن كلاهما يلحقان ضررا مباشرا بالمتعاقد، ويؤديان إلى إحداث اختلال في التوازن المالي للعقد، وإن كانا يختلفان في محل التعسف، حيث ينصب التعسف في الغبن على الثمن، بينما ينصب في الميزة الفاحشة على الشروط المتعلقة بالعقد)، ويرجع ذلك لعدم كونها ذات طابع مالي في جميع الأحوال كفسخ العقد وتعديله.¹

ثانيا: المعيار الوحيد -الاختلال الواضح بين حقوق وواجبات الأطراف-

نتيجة للانتقاد الذي تعرض له معياري استغلال النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة في تقدير تعسف الشروط الواردة في عقد الإذعان، اتجهت الدول الأوروبية إلى تبني معيار وحيد في تقدير حالة التعسف في الشروط وهو الاختلال الواضح بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ويتضح ذلك في التعلية الأوروبية المؤرخة في 5 أبريل 1990 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين حيث جاء فيها ما يلي: " رغم تطلب حسن النية فهو ينشئ على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد"²

وقد تبني المشرع الفرنسي معيار الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد في المادة L132-1 الفقرة 1 التي من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95-96، (في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، تعد شروطا تعسفية تلك الشروط التي تهدف أو تحدث اختلالا واضحا بين حقوق وواجبات الأطراف)، وهو المعيار المتبنى من قبل المشرع

1 فتية حماز، المرجع السابق، ص 13.

2 جريدة عمريو، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 107.

الجزائري في المادة 5/3 من قانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكورة أعلاه.

أما عن تقدير عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد فالمشرع الجزائري لم ينص على طريقة تقدير ذلك، عكس المشرع الفرنسي الذي حسم الأمر في الفقرة 2 من المادة L-212-1 بقولها: (...يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط بالرجوع إلى لحظة إبرام العقد، والظروف التي أحاطت بها، وكذا الشروط الأخرى للعقد. ويتم تقديره أيضا بالنظر إلى محتوى عقد آخر إذا كان العقدان مرتبطان قانونيا في تكوينهما أو تنفيذهما).¹

المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي المختل بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان

تقتضي دراسة سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان، التطرق لسلطة القاضي المدني في تفسير عقد الإذعان في (المطلب الأول)، ثم سلطة القاضي المدني على الشروط التعسفية في عقد الإذعان في (المطلب الثاني).

¹ Art L-212-1/2 : (...le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. IL s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leurs conclusion ou leurs exécution), code de consommateur Français, Op-Cit.

المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في تفسير عقد الإذعان

يقصد بتفسير العقد أو بتأويله وهو المصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري في القانون المدني¹ "أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين"² أي أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادتهما بغض النظر عن الإرادة الباطنة أو الظاهرة.

ويعرف Alain Sériaux تفسير العقد بأنه: "هو العملية القانونية التي تتضمن تحديد حقوق والتزامات كل طرف في العقد بدقة"³ فكثيرا ما تنشأ نزاعات بين المتعاقدين بعد إبرام العقد حول حق كل منهم اتجاه الآخر، والتزاماتهم نحو بعضهم، وهنا يأتي دور القاضي لتفسير العقد وتوضيح الغموض الذي قد يشوبه.

ويعد تفسير العقد من صميم مهام القاضي المدني، ولا يعد تدخلا في العقد مطلقا، ولا يمس البتة بمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، لأنه لا يعدل العقد زيادة أو نقصانا، إنما يقتصر دور القاضي عند تفسيره للعقد في تحديد حقوق أطراف العقد وتوضيحها وبيان التزاماتهم، عند وقوع نزاع بينهم حول مضمون العقد.

ويهدف تفسير العقد على العموم إلى تحديد معنى النصوص الغير الواضحة التي لا تكشف عن حقيقة قصد المتعاقدين⁴ حتى يمكن تحديد مضمون العقد والالتزامات المترتبة عنه⁵ وقد رسم له المشرع مجموعة من القواعد ليستهدي بها أثناء عملية التفسير حتى لا

¹ وهو نفس المصطلح المعتمد من طرف المشرع المغربي في الفصل 462 وما بعده، قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 288.

³ Alain Sériaux, Droit des obligation, 2^{eme} Ed, Presse universitaire de France, Paris, 1998, P169.

⁴ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 381.

⁵ مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق جامعة السانبا وهران، 2009/2008، ص 20.

يحدد عن مهمته،¹ دون أن يحد ذلك من سلطة القاضي في استخدام عقله وقدرته على الاستنباط والتحليل، كون التفسير يدخل في صميم عمل القاضي المدني.

إلا أن الهدف من التفسير قد تطور في الآونة الأخيرة، فلم يعد يقتصر على البحث عن قصد الأطراف ونيتهم الحقيقية من خلال عبارات العقد وألفاظه، وإنما يتجاوز ذلك إذا اقتضى الأمر إلى البحث عن حقيقة التصرفات والالتزامات التي تتولد عنها، دون ما قصده الأطراف بشكل محدود خالي من الإبداع، كل ذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد.²

وقد وضع المشرع الجزائري حدود تفسير العقد في المادتين 111 و112 ق.م.ج وهي مبادئ عامة تخص جميع العقود، كما أورد استثناء يخص تفسير عقود الإذعان نظرا لعدم تساوي المراكز القانونية لأطراف هذا النوع من العقود، حيث يكون أحدهما في مركز أقوى من الآخر وهذا ما أدى بالمشرع إلى إحاطة الطرف الضعيف بحماية خاصة أثناء تفسير عقد الإذعان.

وإذا كان تفسير العقود الداخلية لا يثير إشكالا بخصوص القانون الواجب التطبيق، حيث أنه تطبيقا لقاعدة إقليمية القوانين يتم تطبيق القانون الداخلي للدولة، فإن الأمر يختلف في إطار العقود الدولية وإشكالية تنازع القوانين، فيرى البعض أن تفسير العقد يجب أن يتم طبقا لقانون مكان إبرامه على اعتبار أن المتعاقدين استعملوا المصطلحات الجارية في مكان إبرام العقد، أما البعض الآخر فيرى تفسير العقد طبقا لقانون مكان تنفيذه، على أساس أن التزامات الطرفين تتجسد في شكل مادي في مكان تنفيذه، بينما يرى فريق آخر أن تفسير العقد الدولي يجب أن يكون طبقا لقانون القاضي، أما الرأي الراجح فقها وقضاء فهو القائل بإخضاع التفسير إلى قانون العقد.³

¹ رشيد بردان ونجدة بوراس، "القاضي وتفسير العقد"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مج 07، ع 01، الجزائر، 2018، ص 10.

² منير قاسم الجيلاني، المرجع السابق، ص 272.

³ الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة الجزائر -، 1990/1991، ص 257.

وعليه فقبل أن نتعرض إلى الميزة التي منحها المشرع للطرف المذعن عند تفسير القاضي المدني لعقد الإذعان، سنحاول أولاً عرض القواعد العامة في تفسير العقد التي تنطبق على جميع أنواع العقود مساومة كانت أو إذعان في (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى قواعد التفسير الخاصة بعقد الإذعان في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: القواعد العامة في تفسير العقد

تجدر الإشارة قبل الطرق إلى القواعد العامة في تفسير العقد إلى أن عملية تفسير العقد ليست عملية مستقلة بذاتها، إذ يجب أن تسبقها مرحلة أولية وهي البحث في تكوين العقد وشروط صحته، حيث يجب أن يقوم القاضي بفحص أركان العقد من تراضي ومحل وسبب والشكل إذا استلزم ذلك القانون، ثم البحث في شروط صحته، وفي آثاره أيضاً، لأن تفسير العقد يكون عديم الجدوى إذا كان العقد باطلاً لا يمكن تنفيذه،¹ فإذا توافرت أركان العقد وتأكد القاضي من صحته شرع في تفسيره، أما إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف أحد أركانه، أو باطلاً بطلاً نسبياً بعد تمسك أحد المتعاقدين بالبطلان لنقص أهليته أو شاب إرادته أحد عيوب الرضا (الغلط-التدليس-الإكراه-الاستغلال) فإن تفسير العقد يكون بدون جدوى نظراً لبطلان العقد.

تعتبر المادتين 111 و1/112 من ق.م.ج الأصل في المبادئ العامة في تفسير العقد حيث تنص المادة 111 ق.م.ج على أنه: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين).

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)، وتنص المادة 1/112 ق.م.ج على أنه: (يؤول الشك في مصلحة المدين).

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 289.

من نص المادتين أعلاه يتبين أن القاضي ملزم في تفسير العقد بثلاث حالات، حالة وضوح عبارات العقد، وحالة غموض عبارات العقد، وأخيرا حالة قيام الشك.

أولاً: حالة وضوح عبارات العقد

تنص المادة 1/111 ق.م.ج على أنه: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين) تقابلها المادة 1/150 ق.م.م بقولها: (إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)¹ ، وهو نفس ما جاء في المادة 1192 من ق.م.ف التي تمنع تفسير العبارات الواضحة في العقد بقولها: (لا يمكن تفسير البنود الواضحة والدقيقة كي لا يتم تشويه معناها)² وهذا معناه أنه لا يجوز للقاضي مطلقاً تأويل عبارات العقد الواضحة التي لا تحوي أي غموض والتي تحتل معنى واحداً أو أن ينحرف عن معناها الظاهر، وهذا مبدأ يجب إتباعه بصرامة، لأن استقرار المعاملات يقتضي ذلك.³

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد قرار الغرفة المدنية الشهير الصادر بتاريخ 1872/04/15 الذي جاء فيه: " لا يجوز للقاضي عندما تكون عبارات العقد واضحة

1 يلاحظ أن هناك فرق في العبارات المستخدمة بين المشرع الجزائري والمصري، حيث استخدم المشرع الجزائري عبارة "تأويل" بينما استخدم نظيره المصري عبارة "تفسير"، الحقيقة أن هناك من الفقهاء المسلمين من يفرق بين معني هذين المصطلحين، فقال الراغب: التفسير أعم من التأويل، وقال البعض أن التفسير: هو بيان لفظ لا يحتمل إلا وجهاً واحداً، وهو بيانه بياناً مباشراً، أما التأويل فهو: توجيه لفظ متوجه إلى معان مختلفة إلى واحد منهما بما ظهر من الأدلة، وهو: ما تؤول إليه حقيقة الكلام، وهو الغالب على معنى التأويل في القرآن الكريم كقوله تعالى في سورة الكهف: ((سأنبئك بتأويل ما لم تستطع عليه صبراً))، وهناك من لا يفرق بينهما فكثير في كلام العلماء إطلاق التأويل على التفسير منذ عهد الصحابة ومن الآثار الواردة في ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم في ابن عباس: ((اللهم فقه في الدين، وعلمه التأويل)) أي: تفسير القرآن الكريم، وقال ابن الأعرابي: ((التفسير والتأويل والمعنى واحد)). أنظر: مساعد بن سليمان بن ناصر الطيار، مفهوم التفسير والتأويل والاستنباط والتدبر والمفسر، ط2، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ص 110-58.

2 Art 1192 : (on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation), code civil Français, Op-Cit.

3 محمد لاشين الغياتي، "عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع 01، مصر، 1986، ص 36

ودقيقة تشويه الالتزامات الناتجة عنه وتغيير الاشتراطات التي يحتويها"، وهو ما ذهبت إليه الغرفة التجارية والبحرية للمجلس الأعلى سابقا -المحكمة العليا حاليا- في قرارها رقم الملف 23713 بتاريخ 12/03/1983 الذي جاء فيه: " عدم إمكان إحلال تفسيرات بنود واضحة وغير مبهمة للمحاكم سلطة تفسير عقود واتفاقات الأطراف إذا تعلق الأمر بعقود بها لبس أو غموض، لكنها لا تستطيع إحلال تفسير خاص بها محل بنود واضحة وغير مبهمة"¹

كذلك الحال بالنسبة للقضاء الجزائري، فإنه قد دأب على عدم تفسير عبارات العقد الواضحة، وكمثال عن ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/06/1991 ملف رقم 80816، حيث جاء فيه أنه: (من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من ق ت لم تحترم خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).²

فإذا استعمل المتعاقدان عبارات واضحة تعبر بصدق عما اتجهت إليه إرادتيهما المشتركة، أي أن إرادتيهما الباطنة تطابق إرادتيهما الظاهرة لا يثور أي إشكال، فالقاضي ملزم بعدم الانحراف عن العبارات الواضحة التي تتطابق مع الإرادة المشتركة لأطراف العقد، ولا معقب عليه في هذا التفسير، لكن يثور الإشكال إذا أساء طرفا العقد التعبير عن إرادتيهما المشتركة بالتعبير عنها بعبارات تخالف نيتيها المشتركة فما هو الحل؟

إذا أساء طرفا العقد التعبير عن إرادتيهما المشتركة، فاستعملا عبارات لا تدل حقا عن قصدهما بل تدل على معنى آخر، في هذه الحالة يستطيع قاضي الموضوع أن يتصدى للتفسير، وينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات الواردة في العقد إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان، وبعبارة أخرى إلى ما يطابق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ويستخلص ذلك من الظروف والملابسات التي واكبت انعقاد العقد أو ما سبقه من مفاوضات وغير ذلك مما يراه القاضي مناسبا، وهنا يلتزم القاضي ببيان الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك

1 رشيد بردان ونجية بوراس، المرجع السابق، ص 12.

2 عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2004، ص 71.

المعنى الواضح وإلا كان حكمه باطلا، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بتاريخ 1954/2/6 بأن: "الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة، كما لو وجدت عبارتان كل منهما واضحة ولكن بينهما تناقض ما يقتضي التفسير".¹

ويعد تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة لا تحتاج إلى تفسير، أم غامضة تحتاج إلى تفسير مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، فإذا أخذ القاضي بالعبارة الواضحة ولم ينحرف عنها فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمه، فيكفي أن يذكر أن المحكمة قد أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة، أما إذا انحرف عن المعنى الظاهر رغم وضوح العبارات، فيجب عليه أن يبين أسباب التأويل والانحراف في حكمه، لكي تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على هذه الأسباب فيما إذا كانت مستساغة أم لا، وإلا تعرض حكمه للنقض للقصور في التسبيب.²

ثانيا: حالة غموض عبارات العقد

إن مناط تفسير العقد هو غموض عباراته،³ ويقصد بغموض عبارات العقد عدم إفصاح المتعاقدين عن إرادتهما بألفاظ واضحة، مما يثير الشك في معناها الحقيقي الذي قصده المتعاقدان، أو جعلها تحتمل أكثر من معنى، وعليه تظهر الحاجة إلى تفسير العقد حتى يمكن تحديد نطاقه والالتزامات المترتبة عنه.⁴

ويعد الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين القاعدة الرئيسية التي يراعيها القاضي في تفسير العقد الغامض، ولا يقتصر على التعبير الذي اختاره المتعاقدان، أما الوسائل التي يستهدي بها القاضي للتعرف على هذه الإرادة المشتركة فقد تعددت مواقف التشريعات في

1 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 291-292.

2 محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 293-294.

3 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 381.

4 أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات -دراسة فقهية وقضائية-، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2003، ص 116.

تحديدها، فالمشرع المصري في المادة 2/151 من ق.م.م حددها في الاستهداء بطبيعة التعامل، والأمانة والثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري.¹

أما المشرع الفرنسي فقد توسع في قواعد تفسير العقد الغامض، فهو يأخذ بمعيار الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف لاستخرج الإرادة المشتركة للمتعاقدين طبقاً للمادة 2/1188 ق.م.ف.²، وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً المادة 1/1189 ق.م.ف.³ وإذا كانت العبارة تتحمل أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً المادة 1191 ق.م.ف.⁴ وإذا كانت العبارة عامة فيحددها الموضوع الذي تم عليه العقد المادة 1163 ق.م.ف.، تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تتفرد بالحكم المادة 1164 ق.م.ف.، يفسر العقد طبقاً لما تقتضيه العدالة وحسن النية المواد 1134-1135 ق.م.ف.⁵

أما المشرع الجزائري فقد نص على قواعد يستهدي بها القاضي أثناء تفسير العقد الغامض في المادة 2/111 ق.م.ج التي تنص على أنه: (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

1 المادة 2/150: (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)، القانون المدني المصري، المرجع السابق.

2 Art 1188/2 : (Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation), code civil Français, Op-Cit.

3 Art 1189/1 : (toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier), ibid.

4 Art 1191 : (Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun), code civil français, Op-Cit.

5 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج2، ط2 الجديدة، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 938-939.

وبذلك يكون قد حدد الهدف من تفسير العقد وهو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم وقوف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستخدمة من طرف التعاقدين، وهي القاعدة العامة في التفسير، مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل، و الأمانة والثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات، وهذا طبعا لا يمنع القاضي من استخدام أية وسيلة أخرى لتفسير العقد حتى وإن لم ينص المشرع الجزائري عليها، لأن القاضي ملزم بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، لكنه غير ملزم بطريقة معينة لاستخلاص هذه النية، والقواعد التي حددها المشرع في المادة 2/111 ق.م.ج لا تلزم القاضي وإنما وضعت له على سبيل الاستهداء فقط، فإذا لم تسعفه هذه الوسائل أمكنه الاستعانة بوسائل أخرى في سبيل الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين والوصول إلى الحقيقة التي هي هدفه من تفسير العقد.

كما أن المشرع الجزائري عند تناوله للقواعد العامة للعقد لم يلزم القاضي بالتفسير الضيق لعبارات العقد، إلا أنه استثناء عند تنظيمه لعقد الصلح نص على وجوب التفسير الضيق لعبارات التنازل، حيث تنص المادة 463 من ق.م.ج على أنه: (يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أيًا كانت العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح).

ومن تطبيقات القضاء الجزائري في تفسير العقد الغامض القرار المؤرخ في 1997/07/23 الملف رقم 149300 الذي جاء فيه: (أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...، ولما ثبت في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبناءه الواجب تسديدها. يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل العقد. ومتى كان كذلك استوجب الرفض).¹

ولقد درج الفقه على تقسيم وسائل تفسير العقد الغامض، إلى عوامل داخلية تدخل في تكوين العقد ذاته، وعوامل خارجية عن العقد، سنحاول شرحها فيما يلي:

1- العوامل الداخلية في تفسير العقد

1 عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

حيث يستعين القاضي في تفسيره للعقد بعناصر داخلية في العقد ذاته، يمكن تلخيصها فيما يأتي:¹

- "العبارة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني"، وهي قاعدة فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية، مفادها ألا يقف القاضي عند الألفاظ المستخدمة من طرف العاقدين، بل عليه البحث في روح العقد لكي يستشف المقصود منه.

- "إعمال الكلام خير من إهماله"، وهي قاعدة فقهية إسلامية أيضاً، تستند إلى أن القاضي ينزه المتعاقدين عن العبث، فلا يسلم أنهما تعمداً أن يكون اتفاقهما لغواً، فإذا كانت العبارة تتحمل أكثر من معنى، فإنه يجب الأخذ بالمعنى الذي ينتج أثراً قانونياً يتفق مع روح العقد والمقصود منه، أما إذا كانت العبارة لا تتحمل إلا معنى لا ينتج أثراً، وظهر أن هذه هي نية المتعاقدين، فلا يستطيع القاضي أن يجاوز هذه النية بقصد تصحيح العقد، وإلا كان العقد من عمله هو لا من عمل المتعاقدين، كذلك إذا تحملت العبارة معنى تحتل كلها أثراً قانونياً، فالمعنى الذي يختاره القاضي هو المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو المشاركة، وذلك لأن المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك، فإذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله ولا يقتصر على دفع تعويض.²

- بنود العقد كاملة تفسر بعضها ببعض، فعند تفسير القاضي للعقد فلا بد عليه أن ينظر للعقد بصفته وحدة واحدة، لا أن يفسر كل بند على حدة، فقد تكون إحدى عبارات العقد غامضة بمفردها، ولكن يتضح معناها عندما ينظر إلى باقي عبارات العقد الأخرى³

1 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 295-296.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 939-940.

3 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 385.

- **تحديد العبارة العامة بالرجوع إلى موضوع العقد**، لأن المتعاقدين يتعاقدان على موضوع محدد، فليس من المعقول أن يخرجنا عن هذا الموضوع إلا بعبارات واضحة فإذا تخارج¹ أحد الورثة عن نصيبه في الميراث، واتفق مع المتعاقد معه أن يتنازل له عن جميع حقوقه الموروثة، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه في التركة التي يتخارج بشأنها، ولا يشمل ذلك حقوقا موروثة من تركة أخرى.²
- **تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم**، فإذا باع شخص مزرعة وكان من توابعها مخزن لحفظ المزروعات خص بالذكر في عقد البيع، فهذا ليس معناه أن المخزن وحده هو الذي يدخل ضمن الشيء المبيع، فكل التوابع من مواش وآلات زراعية وعتاد تدخل أيضا ضمن المبيعات، أما تخصيص المخزن بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك في أن المبيع يشمل فصرحا بذلك حسما للنزاع، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذا المخزن فأفرداه بالذكر.³

2- العوامل الخارجية في تفسير العقد

أما العوامل الخارجية لتفسير العقد فهي وسائل مستقلة عن العقد ولا تدخل في تكوينه، وقد حددها المشرع الجزائري في طبيعة التعامل وما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري بين المتعاقدين.

- **طبيعة التعامل**، يراد به طبيعة التصرف المتفق عليه، أي طبيعة العقد وموضوعه، فعلى ضوء طبيعة التعامل يمكن للقاضي أن يستشف النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا كانت العبارة الغامضة محل التفسير تحتل أكثر من معنى، فهناك احتمال كبير أن إرادة المتعاقدين اتجهت للمعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل.

1 التخارج: اتفاق الورثة على أن يخرج بعضهم عن حقه في الميراث مقابل شيء معلوم من التركة أو من غيرها، وقد يكون التخارج بين اثنين من الورثة، على أن يحل أحدهم محل الآخر في مقابل مبلغ من المال يدفعه له، ويترتب على هذا الاتفاق أن يملك الوارث الشيء المعلوم، وأن تزول ملكيته عن نصيبه في الميراث، سواء علم مقدار ما يستحقه من التركة أو لم يعلم، وهو جائز عند التراضي. أنظر: زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية مع مراعاة ما يجري عليه العمل في محاكم الكويت وما جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 1984، ص 422-423.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 942.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 944.

- **الأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين**، ويقصد بالثقة والأمانة أن يفهم كل متعاقد التعبير عن الإرادة الصادر عن المتعاقد الآخر، وألا يستغل الخطأ أو اللبس الذي قد يقع فيه المتعاقد الآخر من أجل تحقيق فائدة على حسابه، طالما أنه فهمه على حقيقته، أو كان يستطيع فهمه.¹

- **العرف الجاري**، وهو غير العرف الذي يكون مصدرا من مصادر القانون، لأن القاضي ملزم بعدم مخالفة العرف كمصدر للقانون، أما العرف الجاري فهو غير ملزم للقاضي، وإنما هو مجرد وسيلة يستهدي بها القاضي في تفسير العقد الغامض بهدف الوصول إلى تحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لأن المسائل التي توطد فيها عرف جرى عليه العمل، يفترض في المتعاقدين أنهما على علم به، وعليه وجب تفسير العبارات الغامضة في العقد على ضوء هذا العرف.²

إلا أن القاضي ليس مجبرا بهذه الوسائل عند قيامه بتفسير العقد، لأن المشرع قد نص عليها على سبيل الاستهداء فقط طبقا للفقرة 2 من المادة 111 ق.م.ج السالفة الذكر، ويجوز للقاضي في سبيل الوقوف على الإرادة المشتركة لطرفي العقد الغامض الاستعانة بأي وسيلة أخرى لتفسيره مادامت مفيدة في استظهار النية المشتركة للمتعاقدين، فكل ما ألزم به المشرع القاضي هو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

وكما ذكرنا بالنسبة لعبارات العقد الواضحة فإن تفسير العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، لكي لا ينحرف القاضي عن عبارات العقد الواضحة ويحمل العقد غير معناه، وينحرف عن الإرادة المشتركة لطرفيه، فإذا رأى القاضي أن عبارات العقد غامضة بين في حكمه العبارات الغامضة وسبب غموضها كأن تكون غير واضحة، ولا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين، أو أن الإرادة الباطنة تخالف الإرادة الظاهرة ... وغير ذلك من أوجه الغموض، كما عليه أن يبين الوسائل التي اعتمد عليها في تفسير العقد، لكي يتسنى للمحكمة العليا بسط رقابتها على حسن تفسيره للعقد وإلا كان حكمه عرضة للنقض.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 297.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 944-945.

ثالثاً: حالة الشك في معنى العبارات الغامضة

إذا كانت عبارات العقد غامضة ولم تسعف القاضي وسائل التفسير التي ذكرناها سابقاً في تحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يجد القاضي نفسه أمام حالة الشك في تفسير العقد أي الشك في استظهار حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهنا وضع له المشرع قاعدة عامة مفادها "الشك يفسر لمصلحة الطرف المدين".

وقد نصت جل القوانين العربية على الأخذ بهذه القاعدة التفسيرية ومنها المشرع المصري في المادة 1/151 بقولها: (يفسر الشك في مصلحة المدين)¹، القانون المغربي الفصل 473: (عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للمتترم)²، والقانون الجزائري في المادة 1/112 ق.م.ج التي بقولها: (يؤول الشك في مصلحة المدين)، ويرجع أخذ معظم التشريعات بهذه القاعدة لعدة مبررات منها أن الأصل في الذمة البراءة، ووقوع عبء الإثبات على الدائن.

ولأجل تطبيق هذه القاعدة يجب توافر ثلاثة شروط، أولهم أن يثور شك في العبارات الغامضة، يمنع القاضي من التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، وثانيهم أن لا يمنع هذا الشك تفسير العقد بمعنى أن لا يكون التفسير مستحيلاً، لأن استحالة التفسير قرينة على انتفاء النية المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي عدم انعقاد العقد أصلاً، وثالثهم أن لا يكون المدين هو المتسبب في وجود الشك بسوء نيته، فإذا اتضح للقاضي أن الشك في بيان النية المشتركة للمتعاقدين سببه تحايل المدين، فلا يمكن إفادته من غشه أو خطئه الجسيم، وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة، كما تقضي القاعدة الرومانية القديمة بأن "الغش يفسد كل شيء"، ومن ثم فلا يمكن أن يستفيد سيء النية من سوء نيته.³

فإذا توافرت شروط تطبيق قاعدة "الشك يفسر لمصلحة الطرف المدين" قام القاضي بتأويل الشك القائم في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين لمصلحة الطرف المدين، فإذا

1 القانون المدني المصري، المرجع السابق.

2 قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق.

3 مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 134-135.

كانت العبارة الغامضة محل الشك تحتل أكثر من معنى فإنها تحمل على المعنى الذي يصب في مصلحة الطرف المدين.

وتعد قاعدة الشك يفسر في صالح المدين من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، فإذا كان تفسير القاضي ضار بمصلحة المدين على الرغم من قيام حالة الشك، فإن حكمه يكون عرضة للنقض.¹

الفرع الثاني: قواعد التفسير الخاصة بعقد الإذعان

إن عقد الإذعان يخضع كغيره من العقود إلى قواعد تفسير العقد التي سبق التطرق إليها في الفرع السابق، فإذا كانت عبارات عقد الإذعان واضحة فلا مجال لإعمال القاضي سلطته التقديرية والانحراف عن المعنى الواضح الذي قصده المتعاقدان، وإذا كانت عبارات العقد غامضة فيتبع في تفسيرها السبل التي وضعها له المشرع للاستهداء على ضوئها أو أي وسيلة أخرى تهدف للوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، أما إذا وقع شك في معنى العبارات الغامضة فهنا يختلف الأمر، فبدلاً من إعمال القاعدة العامة التي تحكم العقود في حالة قيام الشك أي " الشك يفسر لصالح المدين"، يتميز عقد الإذعان استثناءً بتخصيصه بقاعدة مميزة وهي "تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن" سواء كان دائناً أم مدیناً.

وتعد هذه الأخيرة استثناءً عن أصل القاعدة العامة في تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين، ويرجع إعمال هذا الاستثناء لمصلحة الطرف المذعن إلى ضعف هذا الأخير في مواجهة الطرف الآخر في العقد الذي يتميز بنفوذه الاقتصادي، وانفراده بصياغة العقد ووضع شروطه، ولأن المفروض أن الطرف الآخر القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد وبنوده، فإذا ما كانت عبارات العقد أو شروطه غامضة فهو صانعه، ويجب ألا يفيد من غموض هو من تسبب فيه، بما يضر بمصلحة الطرف المذعن الضعيف.²

1 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 303.

2 العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري وأحدث اجتهادات المحكمة العليا -دراسة مقارنة-، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 78.

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري بهذا الاستثناء في المادة 2/112 ق.م.ج بقوله: (غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن)، تقابلها المادة 2/151 ق.م.م بقولها: (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة المذعن)، نلاحظ أن المشرع نص على الأصل في الفقرة الأولى وهو "تفسير الشك لمصلحة المدين"، وقام في الفقرة الثانية بإيراد الاستثناء عن هذه القاعدة وهي عدم جواز الإضرار بالطرف المذعن عند تفسير العقد الغامض، ونحن من وجهة نظرنا نرى أن النص لا يشمل حالة قيام الشك فقط، بل يشمل حالة غموض عبارات العقد أيضا كما أوضح النص أعلاه، وعليه فقد توسع في الحماية المكفولة لعقد الإذعان فكلما كان العقد غامضا وجب تفسيره لمصلحة الطرف المذعن.

إلا أنه لا يجوز إعمال قاعدة التفسير لمصلحة الطرف المذعن إذا كانت عبارات العقد واضحة لا شك ولا لبس فيها، وإنما يعمل بها فقط في حالة الشك، بمعنى أنه في حال عدم وجود مبرر شرعي يجب استبعاد قاعدة " الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن"، كونها قاعدة استثنائية، ويرجع للقاعدة العامة وهي " الشك يفسر للمصلحة المدين" وهي قاعدة تفسيرية تطبق على جميع العقود سواء إذعان أو مساومة.¹

المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني على الشروط التعسفية في عقد الإذعان

لدراسة سلطة القاضي المدني إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ارتأينا أن نبين أنواع الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل عقود الإذعان كون تدخل القاضي في عقد الإذعان في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد يشكل أحدها، وهذا ما سنعالجه في (الفرع الأول) تحت عنوان الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل عقود الإذعان، ثم نتطرق في (الفرع الثاني) لطبيعة سلطة القاضي المدني بخصوص الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

1 مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 267.

الفرع الأول: الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل عقود الإذعان

تعتبر ظاهرة الشروط التعسفية ظاهرة عالمية مست كل أنحاء العالم نتيجة لتبني نظام اقتصاد السوق، وقد ظهرت فكرة حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1962، أين تم إعطاء القاضي سلطة إبطال أي شرط يتبين أنه تعسفي، ما عبر عنه آنذاك بالشرط غير المعقول، ثم انتقل النموذج الأمريكي إلى الدول الأوروبية سنة 1970، حيث صدر في فرنسا تشريع 1978/01/10 الذي اهتم بالدفاع عن حقوق المستهلكين وغير المهنيين ضد الشروط التعسفية.¹

وقد دفع ذلك الكثير من التشريعات للاهتمام بمسألة حماية المستهلك من خلال النص على قواعد قانونية خاصة توفر له حماية أكثر من تلك التي توفرها له القواعد العامة، أهمها التشريع الانجليزي الصادر عام 1997 باسم "قانون الشروط التعاقدية غير العادلة"، وهذا القانون يحظر بعض أنواع الشروط المعفية أو المقيدة من مسؤولية المحترف في عقود الاستهلاك وكذا العقود النموذجية.²

والمشرع الجزائري بدوره أولى اهتماما بالغا بحماية المستهلك، وقد تنوعت الحماية المدنية لعقود الإذعان من الشروط التعسفية ومكافحتها بين تشريعية وتنظيمية وقضائية.

فبالنسبة للحماية التشريعية: لقد كان لفلسفة التضامن العقدي تأثير كبير على عقود الاستهلاك خاصة من خلال حظر البنود التعسفية وتنظيمها على يد المشرع،³ وقد كرس المشرع الجزائري بالفعل حماية للمستهلك بالعديد من النصوص القانونية منها ما هو وارد في القانون المدني، ومنها ما تضمنته النصوص الخاصة.

1 إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 13.

2 بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015/2014، ص 140.

³ جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج 06، ع 12، 2017، ص 231.

وتمثل المادة 110 من ق.م.ج الشريعة العامة لهذه الحماية باعتبارها جزء من القانون المدني أولاً، ولأنها تشمل حماية للطرف الضعيف في جميع عقود الإذعان ثانياً، كما أنها تخول القاضي سلطة تقديرية واسعة في تكليف الشروط التي يتضمنها العقد، وما يعد تعسفياً منها، وسلطة تعديل أو إبطال هذه الشروط.

كما تضمن القانون المدني حماية من الشروط التعسفية في عقود التأمين في المادة 622 منه التي تضمنت سرداً للشروط التعسفية في عقد التأمين

أما النصوص القانونية الخاصة المتضمنة حماية المستهلك، فأبرزها القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي ينظم القواعد والمبادئ الهادفة إلى تحقيق شفافية ونزاهة الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وقد تضمن على وجه الخصوص تعريف الشرط التعسفي في المادة 3-5 بأنه: (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد)، وتحديد للشروط التي تعتبر تعسفية في المادة 29 منه السالفة الذكر.

والمرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، التي من شأنها مكافحة الشروط التعسفية خاصة إدراج ما يعتبره المشرع شروطاً تعسفياً على شكل قائمة بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتبنى صراحة نظام القائمة كما بينا سابقاً.

كما نلاحظ تأثير مبدأ التضامن بشكل واسع من خلال الجزاءات التي أقرها المشرع، فلا يتعلق الجزاء بالبطلان فقط، بل بتكليف القواعد التي يتضمنها هذا القانون بالأمرة، أي من النظام العام يترتب على مخالفتها جزاء إداري وجنائي¹ قد يصل إلى عقوبة السجن المؤقت والمؤبد، طبقاً للمادة 2/83 و 3 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء فيها: (ويعاقب المتدخلون المعنيون بالسجن المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من مليون دينار (1.000.000 دج) إلى مليوني

¹ جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)"، المرجع السابق، ص 231.

(2.000.000 دج)، إذا تسبب المنتج في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستديمة .

يتعرض هؤلاء المتخلون لعقوبة السجن المؤبد إذا تسبب هذا المرض في وفاة شخص أو عدة أشخاص¹

أما الحماية التنظيمية أو الإدارية: فقد جسدها المشرع الجزائري باستحداث "لجنة الشروط التعسفية"²، التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري،³ تتمثل مهمتها في البحث عن الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، وقد حددت هذه المهام المادة 7 من المرسوم التنفيذي 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.⁴

بينما الحماية القضائية: فتتجسد في سلطة القاضي في التدخل في العقد، والعمل على إعادة توازنه المالي المختل بفعل الشروط التعسفية، وهي موضوع دراستنا.

¹ قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادرة في 11 ربيع الأول 1430 الموافق 8 مارس 2009.

² لجنة الشروط التعسفية: هي جهاز إداري استشاري، تابع لوزارة التجارة، أنظر في ذلك: إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 132.

³ تنشر لجنة الشروط التعسفية آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة (المطويات، الملصقات، مجلات خاصة، مواقع الكترونية...)، ويمكنها كذلك أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها، كما تقوم بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة. زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016/2017، ص 143.

⁴ المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية: (تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،
- يمكنها مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها).

فطبقا للمادة 110 من القانون المدني التي تص على أنه: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، فإن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان تنحصر بين تعديل الشروط التعسفية وإلغاءها أي إبطالها.

وعليه سنتناول الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل عقود الإذعان من خلال تحديد سلطة القاضي المدني في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعسفية (أولا)، ووسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي المدني في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعسفية

تقع على القاضي المدني مهمة تقدير ما يعتبر شرطا تعسفيا من شروط العقد، وما يناسب ذلك من جزاء سواء بتعديل هذه الشروط أو إلغائها وفقا لمقتضيات العدالة،¹ فهذه المقتضيات دفعت بالتشريعات الحديثة إلى الاهتمام بشكل خاص بموضوع توسعة سلطة القاضي المدني في تفسير العقود الاستهلاكية بأنواعها المختلفة، خاصة بعد ظهور العديد من التشريعات التي تحمي المستهلك في إنجلترا 1977 وفرنسا 1978 و1979، التي تواجه بشكل خاص الشروط أو البنود التعسفية في عقود الإذعان.²

وتختلف سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية في العقد بين ما إذا كانت هذه الشروط محددة من قبل المشرع، وبين تلك التي لم يحددها.

فبالنسبة للشروط التعسفية المحددة بنص قانوني، فطبقا لقاعدة لا اجتهاد مع نص فإن دور القاضي إزاءها يقتصر على التأكد من ورود الشرط المدعى بأنه تعسفي في القانون، ويرجع في ذلك للنصوص القانونية التي تتضمن قوائم بالشروط التعسفية، وهي

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، د د ن، 2008، ص 35.

² منير قاسم الجيلاني، المرجع السابق، ص 274.

المادة 622 ق.م.ج، والمادة 29 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، فإذا وجد القاضي أن الشرط الذي يتضمنه العقد يندرج تحت أي من هذه الشروط قضى بأنه تعسفي مباشرة.

أما بالنسبة للشروط التعسفية غير المحددة بنص قانوني، فإن القاضي يلعب دورا هاما في كشفها، فالمرجع لا يمكنه الإلمام بجميع الشروط التعسفية، لأن العقود في تطور مستمر وهذا يستتبع خلق شروط تعسفية أكثر، لذلك يرجع لقاضي الموضوع تحديد وتقدير الطابع التعسفي للشروط التي يتضمنها العقد وهذا يدخل في دوره التفسيري للعقد، ويسترشد في ذلك بما سبق أن ذكرناه عند حديثنا عن دوره في تفسير العقد.

ولكي يكشف القاضي المدني عن التعسف الذي قد يلبس الشرط الذي يتضمنه العقد، يقع على عاتقه أن يجتهد في التمييز والتدقيق مستخدما في ذلك سلطته التقديرية في تكييف وتقدير مدى تعسف الشروط التي قد يتضمنها العقد، وله في ذلك أن يستعين بكل وسيلة يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، فهو غير مقيد خلال تفسيره لشروط العقد باستخدام أي وسيلة محددة، بالرغم من نص المشرع الجزائري في المادة 111 في ق.م.ج على القواعد العامة في تفسير العقد، إلا أن هذه القواعد ليست ملزمة للقاضي وإنما هي مجرد إرشادات يستعين بها ويستهدي في ضوءها للوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين.

وله في سبيل تحقيق هذه الغاية أن يستعين بالصياغة اللفظية للشروط الواردة في العقد، والمتداول بين الناس والعرف والمعاملات الجارية، وما يمليه عليه المنطق ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي حالة الشك يطبق القاعدة الاستثنائية التي تميز عقود الإذعان ألا وهي الشك يفسر في صالح الطرف المذعن، المنصوص عليها في المادة 112 الفقرة 2 ق.م.ج بقولها: (غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

وفي إطار الشروط غير المحددة في قوائم، فقد وضع المشرع قاعدة عامة التي في المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمتمثلة في وجوب أن يؤدي الشرط أو الشروط إلى الإخلال الواضح بين حقوق وواجبات المهني والمستهلك حتى تعتبر الشروط تعسفية،¹ وعلى هذا أساس هذه القاعدة فكلما تبين للقاضي أن العقد يتضمن شرطا يخل بالواجبات والحقوق بين المهني والمستهلك قضى بأنه تعسفي.

كما يمكن للقاضي أن يستعين بالآراء الاستشارية للجنة الشروط التعسفية، ويسترشد بها أثناء تقديره للطابع التعسفي للشروط التي يتضمنها العقد.²

ثانيا: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان

في إطار دوره في إعادة التوازن المالي للعقد، فإن القاضي المدني ملزم باحترام الوسائل القانونية التي وضعها له المشرع بغية إعادة التوازن المالي للعقد، وتتنحصر هذه الوسائل في تعديل الشروط التعسفية، وفي إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، والتي سنتناولها تباعا فيما يلي:

1. سلطة القاضي المدني في تعديل الشروط التعسفية

تنص المادة 110 من ق.م.ج على جواز تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان بقولها: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط.....)، فالمادة 110 من ق.م.ج تعتبر الشريعة العامة التي نصت على عقود الإذعان، ونصها صريح فيما يخص جواز تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان، وطبقا لهذه المادة فإن المشرع قد منح القاضي سلطة الاختيار بين تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لمقتضيات العدالة.

¹ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 181-182.

² زكرياء بوعون، المرجع السابق، ص 143.

وتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان من طرف القاضي المدني، معناه أن يقوم القاضي بالتدخل في العقد وفحص مدى مشروعية شروطه، فإذا تبين له تعسف شرط من شروط العقد قام بتعديله على النحو الذي يجعله غير متعسف متماشيا في ذلك مع بنود العقد الأخرى والإرادة المشتركة للمتعاقدين، وإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط التعسفي.

والمرجع الجزائري في المادة 110 من ق.م.ج أعلاه لم يحدد للقاضي المدني معايير يستند على أساسها في تحديد تعسف أو عدم تعسف شروط العقد، ولم يرسم له حدودا لتعديل هذه الشروط التي يراها تعسفية، تاركا له سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

أما في المادة 29 من قانون الممارسات التجارية والتي سبق ذكرها فإن المشرع الجزائري قد اعتمد نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية بما لا يدع مجالا للاجتهاد من طرف القاضي، لكنه في نفس الوقت لم يحدد الجزاء المترتب على هذه الشروط مما يمكن القاضي من أعمال سلطته التقديرية وتقرير تعديلها.

وقد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد يصعب الإغفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الضرر عن الطرف المذعن، كما قد يتعلق التعديل بالإنقاص بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط، وقد يتمثل الشرط التعسفي في صورة غبن فيقوم القاضي بالإنقاص حسب الحالة، وقد يكون هذا الشرط في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي على تعديله على أساس اعتباره شرطا تعسفيا.¹

2. سلطة القاضي المدني في إغفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي المدني سلطة إغفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، ويقصد بإغفائه من الشروط التعسفية، إلغاء هذه الشروط والقضاء ببطلانها.

¹ حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 46-47.

ويعد إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان أهم سلطة يتمتع بها القاضي المدني في هذا المجال، وسلاحا بالغ الخطورة،¹ حيث يقوم بفحص مدى مشروعية الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، فإذا تبين له عدم مشروعية أحدها وتعسفها في حق الطرف المذعن، وعدم اتفاقها مع محتوى العقد وأهدافه قضى بإبطالها.

ويعتبر البعض أن البطلان هو الجزاء الطبيعي الذي يترتب على الشرط التعسفي، فالمحاكم الفرنسية عادة تبطل الشروط التي تعتبرها تعسفية بالرغم من عدم نص مشروعها صراحة على بطلانها، كما تعتبر مجمل التشريعات أن بطلان الشرط أو البند التعسفي هو بطلان مطلق وهذا ما أخذت به التشريعات العربية بخلاف المشرع الفرنسي لم يحدد موقفه تاركا مجالا للخلاف بين الفقه الذي لا يزال منقسما حول طبيعة هذا البطلان أهو مطلق أم نسبي.²

إن إبطال الشروط التعسفية من عقد الإذعان يؤدي إلى إعفاء الطرف المذعن منها، حيث يتم إزالة الشرط أو الشروط التي يقدر القاضي أنها تعسفية مع الإبقاء على العقد³ إذا كان العقد قابلا للانقسام، فالقاضي يحكم ببطلان الشروط التعسفية فقط لا بطلان العقد كله فهو بطلان جزئي يمتد إلى الشروط التعسفية فقط، وهذا يعتبر إنقاصا للعقد طبقا للمادة 104 ق.م.ج التي تنص على أنه: (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابل للإبطال، فيبطل العقد كله).

فتقرير البطلان الجزئي لعقد الإذعان جاء لتكريس تصحيح العقد، ومن ثم بقاءه، وذلك من خلال إزالة الشرط التعسفي -غير المشروع-، والإبقاء على الشق الصحيح دون زوال العقد،⁴ فبدلا من الحكم ببطلان العقد بأكمله، وتزعزع استقرار المعاملات، والإخلال

¹ حميد بن شنييتي، المرجع نفسه، ص 47.

² بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 174.

³ Jaques Flour et Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, droit civil les obligations 1.l'acte juridique, 9^{eme} Ed, Edition Dalloz Armand Colin, Paris, 2000, P124.

⁴ خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 65.

بالثقة والائتمان بين المتعاقدين، رتب المشرع أثرا عرضيا لبطلان العقد يتمثل في إنقاص العقد إذا كان في شق منه باطلا، متى كان هذا الشق ليس هو الدافع للتعاقد.

والقاعدة العامة في إنقاص العقد طبقا للمادة 104 ق.م.ج السالفة الذكر تقضي بأن إنقاص العقد والحكم ببطلانه الجزئي، يشترط فيه ألا يكون الجزء المبطل من العقد هو الأساس في العقد، فإذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل أو القابل للإبطال فإن العقد يبطل بأكمله، إلا أنه خروجاً عن هذه القاعدة فقد نص المشرع على حالات يكون فيها الإنقاص بقوة القانون ومنها إبطال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، التي يتم استبعادها بصرف النظر عما قصده إرادة المتعاقدين، فيبطل الشرط التعسفي ولو ثبت أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط التعسفية.¹

أما إذا كانت الشروط المتبقية بعد استبعاد الشروط التعسفية من العقد لا تكفي لإنشاء عقد متكامل ومتوازن وقابل للاستمرار فإن القاضي يحكم ببطلان العقد كله.²

وفي هذا يختلف الشرط التعسفي في عقود الإذعان عن شرط الأسد clause léonine، وهو شرط يدرجه المتعاقدون في عقد الشركة، بموجبه يتم الاتفاق على تخصيص أحد الشركاء بكامل الربح أو إعفائه من تحمل الخسائر مع بقية الشركاء، ويترتب عن إدراج هذا الشرط في عقد الشركة بطلان عقد الشركة كاملاً، لأنه لا يجوز تخصيص أحد الشركاء بكامل الربح أو إعفائه من تحمل الخسائر، ويسري البطلان على العقد برمته لا الشرط بمفرده،³ وهذا ما يميزه عن الشرط التعسفي الذي يبطل بمفرده في حالة ثبوت تعسفه، دون المساس بباقي العقد إذا توافرت أركان العقد الأخرى وكان قابلاً للانقسام.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 278.

² Jaques Flour et Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, Op-Cit, p 124.

³ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 40-41.

وقد حاول الفقه تقديم بعض المؤشرات التي تدل على أن الشرط التعسفي يستحق الإبطال، فقالوا أن مجرد ترتيب الشرط لعدم توازن جسيم في اتفاق ما، فهذه النتيجة تجعل الشرط باطلا.¹

وقد يكون البطلان مفروضا بنص قانوني، وبذلك يجب على القاضي الحكم به كلما توافرت شروطه، ولا يجوز له الاختيار بين تعديل وإلغاء الشروط التعسفية، ومن ذلك الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 622 ق.م.ج المتعلقة بعقد التأمين والتي جاء فيها كما سبق بيانه أن الجزاء عن الشروط الواردة فيها هو البطلان، وهنا لا يملك القاضي سلطة الاختيار بين تعديل وإبطال الشرط، وإنما يحكم ببطلان الشرط مباشرة بعد تأكده من أنه يدخل ضمن الشروط الواردة في المادة 622 ق.م.ج السالفة الذكر.

أما المشرع الفرنسي فقد اعتبر البند التعسفي بندا غير مكتوب، كما ورد في العديد من المواد التي تضمنها قانون المستهلك الفرنسي كالمادة ل 32-623 التي تنص على أنه: (يعد غير مكتوب الشرط الذي يكون موضوعه أو يترتب عليه منع المستهلك من المشاركة في عمل جماعي).²

وتختلف آلية البطلان أو إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي عن آلية اعتبار الشرط أو البند غير مكتوب من ناحيتين، الأول يتمثل في أن البند غير المكتوب يعتبر بندا لا وجود له مطلقا، أما البند الباطل فلا ينكر المشرع وجوده ولكنه يأمر بجزاء معين له، وهو البطلان الجزئي للعقد، والإبقاء على الجزء الصحيح، ومنه ظهرت نظرية إنقاص العقد التي أخذ بها المشرع المدني الجزائري.³

أما الثاني فهو عدم توافق إرادتي الأطراف على وجود البند المذكور، أي أن إرادتهم لم تتجه إلى الالتزام بهذا البند، وبالتالي لم يدخل في اتفاقهم على العقد، وذلك بخلاف

¹ عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 181.

² Art L623-32 : (Est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe), code de consommateur Français.

³ بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 173.

البطلان فهو يفترض أن البند أدرج في العقد وتوافق إرادتي الأطراف عليه، وعند نشوء نزاع حول البند المذكور يترتب البطلان كجزاء لبند موجود فعليا، أما البند غير المكتوب فيقتصر دور القاضي على إعلان عدم وجود البند من دون أن يلفظ الحكم، وهذا ما يستتبع الحذف المادي للبند من العقد، وذلك خلاف البند الباطل، فهو يفترض صدور حكم يقضي به.¹

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني بشأن الشروط التعسفية في عقد الإذعان

لقد أثرت ظاهرة القوة التعاقدية للمتعاقد على مفهوم العقد، وأحدثت اضطرابا كبيرا في التصور الكلاسيكي للعقد الذي أساسه القوة الملزمة للعقد، وجعلت القوانين الحديثة تتجه نحو حماية الطرف الضعيف في العقد بصورة واسعة، وبتقنيات متنوعة ومتعددة، من خلال تحويل القاضي سلطة التدخل في العقد،² وعليه فإن أساس تدخل القاضي في العقد المختل توازنه بفعل الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو القوة التعاقدية للمتعاقد، التي تسعى إلى حماية المتعاقد الضعيف والحفاظ على التوازن المالي للعقد وإعادته عند الاختلال، خلافا للقوة الملزمة للعقد التي أساسها مضمون العقد لا غير.

ورغم أن المشرع في النظرية العامة للعقد لم يشترط بتاتا أن يكون المتعاقدان على قدم المساواة الاقتصادية أو العلمية أو الفنية، كون هذه المساواة مفترضة بين المتعاقدين،³ إلا أن الأمر يختلف في الواقع ويطرح هذا الموضوع خصوصا بعد الانتشار الواسع لعقود الإذعان التي تتميز بعدم المساواة بين أطرافها، وهي أكثر عرضة للاختلال المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف الأقوى في العقد على الطرف الضعيف فيه.

ويشكل التفاوت الاقتصادي وكذا المعرفي بين طرفي العقد عاملا مؤثرا في فرض شروط تعسفية من قبل الطرف الأقوى اقتصاديا أو معرفيا، والمشرع بمراعاته لهذا التفاوت

¹ بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع نفسه، ص 173-174.

² أحمد بعجي، "أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 06، ع 02، الجزائر، 2020/12/27، ص 138.

³ فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 3.

يكون قد خرج عن التصور التقليدي للعقد،¹ وأثر تحقيق التوازن المالي للعقد على أهم قاعدة في العقد ألا وهي "العقد شريعة المتعاقدين"، التي تفضل القوة الإلزامية للعقد على حق المتعاقدين في إقامة التوازن المالي للعقد، وتمنع أي تعديل للعقد أو إنهائه دون موافقة طرفي العقد.

وإذا كانت المساواة الفعلية بين طرفي العقد أمرا يصعب أو يستحيل تحقيقه على أرض الواقع، فإن المساواة القانونية ممكنة التحقيق،² لذلك نص المشرع على بطلان الشروط التعسفية للعقد، والأكثر من ذلك منح المشرع للقاضي المدني سلطة التدخل في العقد المشوب بالشروط التعسفية، لتعديل أو إعفاء الطرف الضعيف منها، لكن اختلفت الآراء حول طبيعة هذه السلطة.

وعليه بدأت العديد من الأصوات تنادي إلى إعداد قانون عام جديد انطلاقا من نظرية جديدة للعقد ترفض بصورة خاصة المساواة المجردة بين أطراف العقد التي تقول بها النظرية القديمة، وتأخذ في الحسبان عدم المساواة الواقعية التي تستلزم تدخل القانون لتصحيحها،³ وذلك عن طريق منح القاضي سلطة التدخل في العقد المختل توازنه بفعل الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف الأقوى في العقد، بالرغم مما يشكله هذا التدخل من تعد على القوة الملزمة للعقد.

فيرى بعض الفقهاء أن المشرع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الحل المناسب لعلاج الشروط التعسفية وإعادة التوازن المالي لعقد الإذعان وفقا للعدالة، ولما يراه مناسبا دون رقابة عليه من جهة النقض،⁴ وهذا ما كان سائدا في ظل القانون المدني المصري القديم مثلا، حيث تميزت الحماية الممنوحة لعقود الإذعان بأنها حماية قضائية نظرا

¹ لطيفة بوراس، "نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية"، بحوث جامعة الجزائر 1، ج1، ع 14، الجزائر، 2020، ص 12-13.

² فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 4.

³ جاك غيستان، المرجع السابق، ص 186.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 184.

لدور القضاء في تكريس الحماية لمختلف عقود الإذعان من حيث تفسيرها وإبطال الشروط التعسفية التي قد تتضمنها.¹

أما البعض الآخر فيرى أن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي سلطة مقيدة، لأن معالجة الشروط التعسفية في العقود هو أحد تطبيقات العدالة العقدية التشريعية، حيث يهدف المشرع من وراءها إلى إعادة العدالة العقدية للعقد وإعادة التوازن المالي لعقد الإذعان²، ولأن "إطلاق سلطة القاضي في مراقبة الشرط التعسفي يؤدي إلى المساس بالقوة الملزمة للعقد" كما يقول الأستاذ Larroumet³، وهذا ما جعل العديد من التشريعات تقيد سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية وتعيد النظر في الحماية الممنوحة لعقود الإذعان من حماية قضائية إلى حماية تشريعية، ومنها المشرع المصري في القانون المدني الجديد حيث نظم نصوصاً خاصة وعامة لتنظيم عقود الإذعان كافة.⁴

كما أن القاضي وحسب التقليد المعمول به والقواعد العامة التي تحكم العقد، لا يمكنه التدخل في العقد إلا بناء على طلب أطرافه،⁵ وبالتالي فإن أعماله لسلطته التقديرية على عقد الإذعان مرهون بطلب الأطراف، وليس له أن يتدخل في عقد الإذعان مهما تبين له وجود شرط أو شروط تعسفية، ومهما ظهر له اختلال التوازن المالي للعقد، إلا إذا تلقى طلباً من الطرف المذعن مفاده النظر في مشروعية الشروط التي يتضمنها العقد.

أما الجزء عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان فهو إما بيد القاضي طبقاً للمادة 110 من ق.م.ج التي منحت سلطة الاختيار بين تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 193-194.

² منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية -دراسة مقارنة-"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، مج 25، ع 06، العراق، 2017، ص 2584.

³ جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 387.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 194.

⁵ Claire-Marie Pégion-Zika, Op-Cit, P 02.

المذعن منه كلية، وإما منصوص عليه من طرف المشرع وما على القاضي إلا تطبيقه عند توافر شروطه.

وعليه فإنه بالنسبة للقاضي المدني الجزائري نميز بين حالتين:

أولاً: سلطته إزاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان بموجب المادة 110 من ق.م.ج، فإنها سلطة تقديرية واسعة حيث لم يرسم له المشرع حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة¹، وما توجبه ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد، فهو يتمتع بسلطة تقدير مدى تعسف أو عدم تعسف الشروط الواردة في العقد، ويملك سلطة واسعة بصدد الجزاء المترتب عن الشروط التعسفية فله الحق في الاختيار بين تعديل الشروط التعسفية وبين إبطالها، إذا تقرير مدى تعسف الشرط قضائي بحث وليس التشريعي.

ثانياً: إن سلطة القاضي المدني إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان قد تراجعت بعد قيام المشرع بالنص على إبطال الشروط التعسفية بنفسه في العديد من القوانين،² فالمادة 622 ق.م.ج التي حددت الشروط التعسفية في عقد التأمين، وليس ذلك فحسب بل رتبت الجزاء المترتب عن إدراج أحد هذه الشروط وهو البطلان، وعليه فالقاضي مقيد بقائمة الشروط الواردة في هذه المادة، ولا يمكنه طبقاً لذلك اعتبار أي شرط آخر تعسفياً مهما بدا له تعسفه، كما أنه ملزم بترتيب جزاء البطلان إذا تبين له أحد هذه الشروط، وليس له الاختيار بين تعديله وإعفاء المدين منه كما هو المعمول به في المادة 110 ق.م.ج.

كما أن المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية حددت الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وهو أكبر مجال لعقود الإذعان، وبالرغم من أنها محددة على سبيل المثال لورود كلمة "لاسيما" إلا أن وجود أحد هذه الشروط في عقد الإذعان يلزم القاضي بالتصريح بتعسف هذا الشرط ولا يترك له مجالاً لإعمال سلطته

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد- العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 195.

² جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 387.

التقديرية، وكذا نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وعليه يمكننا القول أن سلطة القاضي المدني بشأن الشروط التعسفية في عقود الإذعان في القانون الجزائري هي سلطة تقديرية مطلقة إذا لم يوجد نص خاص يحتوي قائمة بالشروط التعسفية ويحدد الجزاء المترتب عنها، وهي سلطة مقيدة إذا وجد القاضي نفسه أمام نص خاص يحدد الشروط التعسفية و/أو الجزاء المترتب عنها.

وأخيرا فإن القواعد المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها تعد النظام العام، طبقا لنص المادة 110 ق.م.ج التي تنص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك.

ملخص الفصل الثاني

إن عقود الإذعان هي عقود خلقتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، فهي تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية لا يستطيع الفرد الاستغناء عنها في حياته الطبيعية داخل المجتمع، تكون هذه السلعة أو الخدمة محل احتكار قانوني أو فعلي من قبل الطرف القوي في العقد، الذي يستغل حاجة الطرف الآخر الذي يوصف بالطرف الضعيف، ليملي عليه شروطا تصب في مصلحته دون أن يمنحه فرصة مناقشة هذه الشروط فإما أن يقبلها الطرف الضعيف جملة أو يرفضها، خلافا للأصل في التعاقد حيث يحق لكل طرف مناقشة شروط العقد بكل حرية.

ولقد كان لظهور عقود الإذعان الأثر البالغ في انتشار الشروط التعسفية وارتبط بها بالرغم من أن عقود المساومة هي الأخرى قد تتضمن مثل هذه الشروط، فإذا تضمن العقد شروطا تعسفية فإن ذلك من شأنه أن يشكل خطرا على توازنه المالي في مرحلة تكوين العقد، ما جعل المشرع يتدخل ليقف إلى جانب الطرف الضعيف في العقد، من خلال تأكيده على وجوب تفسير العقد لصالح الطرف المذعن دائما، ومنحه القاضي المدني سلطة تعديل العقد لصالحه وذلك إما بتعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وهو في كل ذلك يحرص على المحافظة على العقد واستقرار المعاملات في المجتمع.

الباب الثاني: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذ العقد

إن مرحلة تنفيذ العقد لا تقل أهمية عن مرحلة تكوينه، لأن تنفيذ العقد هو الغاية الأساسية من إبرامه، فلا يعقل أن يتعاقد الشخص لمجرد رغبته في إبرام عقد دون تنفيذه، ويجب على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ العقد وفقا لما نص عليه العقد طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 ق.م.ج، ووفقا لما اشتمل عليه العقد وبحسن نية طبقا للمادة 1/107 ق.م.ج، ولا يقتصر المتعاقدان في تنفيذ العقد بما ورد فيه فقط، بل يتضمن كذلك ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام طبقا للمادة 2/107 ق.م.ج.

وتظهر أهمية مرحلة تنفيذ العقد وحساسيتها خاصة في العقود المستمرة التي قد تطول مدة تنفيذها، مما يجعلها عرضة لمختلف الظروف والحوادث التي قد تؤثر على السير الحسن لتنفيذ العقد، وبالتالي إرهاب المدين وزيادة التزاماته العقدية.

كما أنه وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إدراج أي شرط يريدانه في العقد طالما أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وقد يكون هذا الشرط في صورة تعويض اتفاقي كجزاء للمتعاقد الذي يخل بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد سواء بالتأخر عن تنفيذها أو عدم تنفيذها أصلا، وهذا ما يخول المتعاقد الآخر بالمطالبة بقيمة هذا الشرط عند إخلال المدين بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد.

وتبعا لذلك قد تسبب الظروف التي قد تطرأ على العقد، وكذا قيمة التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي اختلالا في التوازن المالي للعقد، هذا ما يستدعي تدخل طرف ثالث في العقد يعمل على إعادة الأمور إلى نصابها طبقا لقواعد العدالة، وخروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فقد منح المشرع المدني الجزائري كالعديد من التشريعات المقارنة لقاضي الموضوع سلطة التدخل لتعديل العقد خلال مرحلة تنفيذ العقد.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في (الفصل الأول) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة، ونتناول في (الفصل الثاني) اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشرط الجزائي.

الفصل الأول: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة

لقد أدى تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات الحديثة إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة بعد أن كان سائدا ردها من الزمن، لصالح التوازن المالي للعقد، لأن أساس العقد أن يبنى على التوازن بين أداءات أطرافه من جهة، ومن جهة أخرى يسعى كل طرف في العقد إلى تحقيق الربح من وراء التزامه، هذان الهدفان المتعارضان هما ما جعل من مبدأ سلطان الإرادة عرضة للانحسار بعد أن ساد لمدة طويلة بعد كفاح طويل ضد الشكالية في العقود.

وكثيرا ما يصادف العقود خلال مرحلة تنفيذها ظروف وأحداث قد تؤدي إلى إعاقة تنفيذها واختلال توازنها المالي، مما يؤدي إلى جعل التزام أحد أطراف العقد مرهقا، وهذا ما أدى بالفقه إلى البحث على إيجاد سبيل إلى إعادة التوازن المالي للعقد حماية للعقد من الفسخ من جهة، ومساعدة للطرف الذي أصبح التزامه مرهقا من جهة أخرى، وذلك إرساء لمبادئ العدالة التي تحكم العقد، وتعرف هذه النظرية بنظرية الظروف الطارئة في إطار القانون المدني، وهي استثناء وخروج عن القاعدة العامة التي تحكم العقد ألا وهي "العقد شريعة المتعاقدين" ومقتضاها أن العقد هو بمثابة القانون بالنسبة إلى أطرافه، لا يجوز لأحدهما الانفراد بتعديله أو إنهائه إلا بموافقة الطرف أو الأطراف الآخرين، كما لا يجوز للغير التدخل في العقد وينطبق ذلك حتى على القاضي.

وتشكل الظروف الطارئة أحد أسباب اختلال التوازن المالي للعقد، وقد شكلت أساسا لبروز نظرية الظروف الطارئة التي تهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد، والتي تشكل تهديدا وخرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كأبرز نتيجة مترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، لأن هذه النظرية تتيح لطرف خارجي عن العقد ألا وهو القاضي التدخل في العقد بتعديله.

ولقد ارتأينا دراسة اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة، من خلال بحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم نظرية الظروف الطارئة، بينما خصصنا المبحث الثاني لسلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة.

المبحث الأول: الأحكام القانونية لنظرية الظروف الطارئة

إن دراسة الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن المالي للعقد يستدعي منا الإلمام بجميع الأحكام القانونية التي تنظم هذه النظرية التي تحكمها ألا وهي نظرية الظروف الطارئة، وعليه ارتأينا التطرق لمفهوم نظرية الظروف الطارئة في (المطلب الأول)، ثم إلى أساس نظرية الظروف الطارئة وشروط إعمالها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

إن مفهوم نظرية الظروف الطارئة يشمل العديد من العناصر، وقصد الإحاطة بهذا المفهوم سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في (الفرع الأول) تعريف نظرية الظروف الطارئة ولمحة تاريخية عن نشأتها، وفي (الفرع الثاني) نتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه النظرية وتمييزها عما يشابهها من أنظمة.

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة ولمحة تاريخية عن نشأتها

نتناول من خلال هذا الفرع تعريف نظرية الظروف الطارئة (أولا)، ثم لمحة تاريخية عن نشأتها (ثانيا).

أولا: التعريف بنظرية الظروف الطارئة

يطلق عليها نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية، لكن التسمية الشائعة في معظم كتب الفقه الخاصة بالقانون المدني هي الظروف الطارئة، وهي نفس التسمية المطلقة على هذه النظرية في القانون الإداري باعتباره أول من أخذ بهذه النظرية، وتعرف هذه النظرية في إطار القانون الدستوري بالحالة الاستثنائية طبقا للمادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 2020.

ولكي نصل إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة يجب عليها بداية أن نتناول تعريف الظروف الطارئة، ثم نتطرق بعد ذلك إلى النظرية التي تنظمها.

1. تعريف الظروف الطارئة

يعرّف الدكتور أحمد حشمت أبوسيت الظرف الطارئ بأنه: "كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع حصوله عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار"¹.

كما عرّف الفقه أيضا الظروف الطارئة بأنها: " حالة عامة أو غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في الوسع توقعها بعد التعاقد، يترتب عنها جعل التزام المدين مرهقا"².

فالظرف الطارئ هو حالة أو حادث غير متوقع يحدث فجأة، يصيب العقد المتراخي تنفيذه، فيؤدي إلى جعل التزام المدين مرهقا، بحيث يتهدهدده بخسارة فادحة تفوق ما وضعه المتعاقدان في حسابانها أثناء إبرام العقد، مما ينجم عنه اختلال في التوازن المالي للعقد.

2. تعريف نظرية الظروف الطارئة

تشكل نظرية الظروف الطارئة بلا شك خروجاً هاماً عن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث تبحث هذه النظرية على احتواء التغيرات الخارجية المفاجئة وغير

1 محمد رشيد قباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بحث مقارنة"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع 02، السعودية، د س ن، ص 131.

2 خالد بن النوي، "التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنثلة، ج 02، ع 08، جوان 2017، ص 884، وعبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1999، ص 27.

المتوقعة لظروف العقد،¹ كما تعتبر قيда على قاعدة حرية التعاقد والاشتراط الناتجة هي الأخرى عن مبدأ سلطان الإرادة.²

ويتمثل مضمونها في أن تعترض العقد بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه نوازل أو أحداث عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا - وإن ظل ممكنا - شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يتهدد بخسارة فادحة، فيسوغ للقاضي خروجاً عن القواعد العامة، بناء على طلب هذا المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته و مصلحة الدائن، أن يرد التزامه إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد،³ كأن يتعهد شخص بتوريد مواد إلى مؤسسة ما بسعر معين، ثم تحدث ظروف اقتصادية غير متوقعة تؤدي إلى ارتفاع فاحش في أسعار هذه المواد التي التزم بتوريدها، فإذا قام بتنفيذ التزامه طبقاً لما اتفق عليه في العقد أي بنفس السعر فإنه سوف يصاب بخسارة فادحة تتجاوز الحد المتوقع عادة، لذلك منح المشرع هذا المدين الحق أن يطلب من القضاء رد التزامه المرهق إلى الحد المعقول.

ويقول السنهوري إن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية تُصلح اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد، وهي تقابل نظرتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد، ويجمع بينهما قاسم مشترك وهو الضرب على يد المتعاقد الأقوى،⁴ وقد نادى إلى الأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، في مقاله الذي نشر سنة 1936 بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري).⁵

1 Harith Al-Dabbagh , Regards d'un juriste Arabe sur les mécanismes de justice contractuelle dans le code civil du Québec, rencontres de la section de droit privé, université de Montréal, 29/04/2011, p 6.

2 خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 884.

3 حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 230.

4 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 515-516.

5 أحمد الصويغي شليبيك، "نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 3، ع 2، الأردن، 2007، ص 170، و محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 123-124، وقد جاء في هذا المقال قوله:

وتفترض نظرية الظروف الطارئة عقدا يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو عدة آجال، كعقد التوريد، وإذا بالظروف الاقتصادية التي كان العقد يقوم عليها وقت إبرامه قد تغيرت تغيرا فجائيا بحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، كارتفاع ثمن السلعة التي التزم المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار.¹

مما سبق انتهينا إلى إعطاء نظرية الظروف الطارئة التعريف التالي: "تعد نظرية الظروف الطارئة خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، وهي استثناء عن قاعدة العقد شريعة التعاقد، وقد وضعت كحل وسط للموازنة بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الدائن في التمسك بالقوة الملزمة للعقد، ومصلحة المدين في تجنب الإرهاق والخسارة اللذين يتهدهدهن بفعل الظروف الطارئة التي حلت بالعقد، وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة هي وسيلة قانونية لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل بفعل ظروف طارئة أو حوادث استثنائية غير متوقعة جعلت من تنفيذ الالتزام مرهقا أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وتعمل في الوقت نفسه على حماية العقد من الفسخ".

والظروف الطارئة لا يمكن حصرها نظرا لاختلاف كل حالة عن الأخرى، فما يمكن اعتباره حادثا طارئا في قضية ما لا يمكن اعتباره كذلك في قضية أخرى، وعليه فإنه لا اعتبار الحادث طارئا يجب أن تتوافر شروطه من حيث كونه عاما، استثنائيا، غير متوقع، لا يمكن درأه، وأن يطرأ أثناء تنفيذ العقد، ويجعل تنفيذ المدين مرهقا، ومن أمثلة الظروف الطارئة التقليدية الحروب والكوارث الطبيعية من زلازل وفيضانات، والجوائح والأوبئة ... وغيرها.

"على أن هذه النظرية عادلة ويمكن للمشرع المصري في تقنيته الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة، منها: نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام (العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 515.

ومع التطور العلمي توسع الفقه في الظروف الطارئة لتشمل أنواعاً أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع الذري، وتلوث البيئة، وانتشار الغازات السامة، وكلها قد تشكل ظروفًا طارئة تؤثر على تنفيذ الالتزام العقدي.¹

ثانياً: لمحة تاريخية عن نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة

لقد تأثرت نظرية الظروف الطارئة كأى نظرية أخرى في العقد بعدة عوامل، ومرت بالعديد من المراحل لتصبح ما هي عليه اليوم، ولازالت تتطور لأنها كغيرها من القواعد القانونية تخضع للتغيرات التي تطرأ على المجتمع وتتأثر بها، وعليه سنحاول التعرف على بداية نشأة هذه النظرية وأهم التطورات التي عرفت، من خلال القوانين القديمة، القانون الكنسي، القوانين الحديثة، الفقه الإسلامي، وأخيراً نتطرق لنظرية الظروف الطارئة في فروع القانون العام.

1. نظرية الظروف الطارئة في القوانين القديمة

يرى البعض أن نظرية الظروف الطارئة في الحقيقة هي نظرية قديمة قدم الفلسفة الرومانية القديمة والقانون الروماني نفسه²، وأنها لم تنشأ مستقلة وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطوره، وبذهب البعض أن القانون الإغريقي قد عرف هذه النظرية، حيث أقر حق المستأجر في تخفيض قيمة الإيجار إذا تعذر عليه استغلال الأرض بسبب خارج عن إرادته كعدم توفر المياه اللازمة لري الأرض³، لكن ذلك محل شك لأن القوانين آنذاك كانت غارقة في الشكلية من جهة، و من جهة أخرى مبدأ سلطان الإرادة الذي كان سائداً بشكل مبالغ فيه

1 محمد بوكماش، "نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 13، ع 26، 2014، ص 323.

2 شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، مدى إمكانية الاستغناء عن أحكام الظروف الطارئة بأحكام الغبن اللاحق -دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي-، مذكرة ماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مصر، ص 7.

3 شارف بن يحيى، "ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، 2010، ص 47.

والذي كان يتعارض مع هذه النظرية،¹ ويقول السنهوري بأن الرومانيين لم يعرفوا هذه النظرية إلا في أقوال الفلاسفة أمثال شيشرون وسينيك.²

وأمام عدم وجود أدلة دامغة تثبت نشوء نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة فإنه يرجح عدم نشوئها مصاحبة لنشأة النظم القانونية القديمة.

2. في القانون الكنسي

يرجح أغلب الفقهاء نشأة نظرية الظروف الطارئة في أحضان القانون الكنسي، حيث كان فقهاؤهم يحرمون الغبن في العقود سواء أثناء إبرام العقد أو خلال تنفيذه، فهو في الحالتين نوع من الربا المحرم،³ حيث ساد التعامل في ظل القانون الكنسي مبدأ هامن، أولهما مبدأ الثمن العادل ومضمونه أن كل سلعة أو خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين ثمن عادل، لا يعتمد في تحديده على إرادتي المتعاقدين أو رغباتهما ولا على أي شيء يتعلق بالفرد وهذا لكي لا يقع المتعاقد في الغبن، وثانيها مبدأ تحريم القرض بفائدة، ويتمثل هذا الأخير في تحريم الربا في جميع صورته.⁴

أما الصياغة الفنية لنظرية الظروف الطارئة فقد قامت في ظل القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف *Rebus sic stantibus*، فالعقد يفترض فيه شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى قائمة عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً، فإذا ما تغيرت وأدت إلى إرهاب أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الظلم الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية،⁵ وذلك لتحقيقاً لروح العدل والمساواة بين

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة - بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي -، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2007، 13.

2 شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 47.

3 عبد القادر اقصاوي، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، مج 02، ع 02، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 129.

4 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 30-31.

5 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-، المرجع السابق، ص 516-517.

المتعاقدين، لأن اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تغير الظروف يؤدي لا محالة لعدم المساواة بين أطرافه، وهذا يناهض مبادئ القانون الكنسي.

3. نظرية الظروف الطارئة في القوانين الحديثة

بعد صراع طويل مع مبدأ الشككية استقر الفقه القانوني على مبدأ سلطان الإرادة واعتبره الأساس الذي يقوم عليه العقد، إلا أن الأمر لم يدم على ذلك الحال، ففي نهاية القرن التاسع عشر تغيرت الظروف والعوامل الاقتصادية والسياسية واثارت الثورة الصناعية فأنشئت المصانع الكبيرة التي تضم جموعاً غفيرة من العمال وتكونت المؤسسات الضخمة ذات الرؤوس الأموال الكبيرة ونتج عن ذلك اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة، وهذا ما أدى إلى مهاجمة مبدأ سلطان الإرادة والتقليل من شأنه، لصالح إعادة التوازن المالي للعقد وانتصار الجانب الضعيف فيه، حيث بدأ معظم الفقه يتداول النظرية الجديدة إلا فئة قليلة والتي تمسكت بمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي رغم تآكل معظم نتائجه بفعل عوامل التطور الاقتصادي، وكانوا يبالغون في التشدد عند الأخذ بنتائج هذا المبدأ خاصة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من منطلق أنه يعني أن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من أطرافها مقام القانون¹.

إن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه بدأ يتعارض مع المعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة للمجتمعات المعاصرة، هذا ما أدى إلى المناداة بالتضييق على هذا المبدأ لصالح التوازن المالي للعقد الذي أصبح هدفاً جديداً في ظل عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين أطراف العقد، ونظرية الظروف الطارئة بالرغم من أنها تبدو خرقاً لمبدأ أصبح وكأنه من المسلمات وأصبح يبدو كأنه سيخلد إلى ما الأبد وأنه لن يتزعزع أبداً، ومنحها للقاضي سلطة التدخل في العقد الذي هو أصلاً ملك لأطرافه ولا يجوز تعديله أو إنهاؤه إلا باتفاقهما، إلا أنها تسعى إلى تحقيق هدف أسمى وهو التوازن المالي للعقد، هذا التوازن الذي بدأ يفرض نفسه كنتيجة لتغير الظروف أثناء تنفيذ العقد، لأن المتعاقدين أثناء إبرام العقد لم يضعوا في حسابهما وقوع ظروف من شأنها إخلال التوازن المالي للعقد الذي

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 16.

هما بصدد إبرامه، وعليه وجدت هذه النظرية لإعادة التوازن المالي العقد المختل بفعل الظروف الطارئة.

ويرى العديد من الفقهاء أن تحقيق العدالة العقدية يقوم على تحقيق التوازن بين عدة مقومات أهمها التوازن الاقتصادي للعقد،¹ وعليه فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة والقول بغير ذلك يعني إضفاء روح الأنانية وعدم تكافؤ الفرص والمساواة بين المتعاقدين، وهذا ما جعل العديد من المشرعين يتشددون في التدخل في المجال التعاقدي وعدم إعطاء الحرية للمتعاقدين كالمشرع الإيطالي وذلك بقوله: "وإذ يقوم هذا المبدأ - سلطان الإرادة - على أساس الفردية والأنانية لم يشأ القانون أن يرخي له العنان بل خفف من حدته حتى يحقق التوازن بينه وبين مقتضيات الحياة الحديثة التي يجب أن يسودها التعاون والتضامن الاجتماعي، ففي هذه الحياة الحديثة يعتبر التوازن بين أداءات المتعاقدين أو عدالة الفائدة التي ينشدها كل منهما المثل الأعلى لتداول الأموال تداولاً سليماً والخطوة المثلى لتعاون الأفراد فيما بينهم تعاوناً يفيء بالخير، هذا التوازن هو مناط حماية القانون للحرية التعاقدية وأساسها وهو القاهر لروح الأنانية التي يمكن أن تتسرب إلى العلاقات الفردية إخلالاً بواجب التضامن الذي يجب أن يسود مسلك الأفراد".²

وقد أخذت العديد من التشريعات الحديثة بنظرية الظروف الطارئة كعلاج لاختلال التوازن المالي للعقد أثناء تنفيذه، ويعد قانون الالتزامات البولوني أول تقنين حديث يتضمن نصاً عاماً في نظرية الظروف الطارئة حيث نصت المادة 269 منه على أنه: (إذا وجدت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محاطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت

1 سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق الجزائر، 1، 2015/2016، ص

2 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 17-18.

ضرورة لذلك، تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد).¹

وبعده نص القانون المدني الإيطالي الجديد في مادته 1467 على نظرية الظروف الطارئة بقوله: (في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على إثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب فسخ العقد بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة).²

والقانون الألماني في المادة 242 من القانون المدني الألماني، والقانون المدني السويسري المادة 2 منه، والقانون المدني النمساوي في المادة 936 منه، وقد تم احتضان هذه النظرية في هذه التشريعات عن طريق الفقه، كما أن مشاريع التنسيق الأوروبية لقانون العقود سارت في نفس الاتجاه، وهو نفس نهج الدول العربية التي فضلت الأخذ بهذه النظرية كالمشرعين المصري 147 ق.م.م، والقانون المدني الجزائري في المادة 107 ق.م.ج، كما حققت هذه النظرية نجاحاً باهراً في العراق (م 146)، حيث لعبت دور المنقذة في المحاكم العراقية، حيث استعانت بها لمواجهة آلاف القضايا المرفوعة أمامها خلال الأزمات الاقتصادية التي عرفها البلد نتيجة الحروب التي شهدتها خلال أقل من ربع قرن، وما خلفته من انخفاض سعر الدينار العراقي الذي أدى إلى اختلال التوازن المالي للعقود.³

لكن في المقابل تم رفض هذه النظرية سابقاً من قبل القانون المدني الفرنسي،⁴ حيث أن المشرع الفرنسي لم يكن يأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، وكذلك القضاء المدني الفرنسي كان يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة على أساس أنها تشكل خرقاً للقوة

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون-، المرجع السابق، ص 523.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون-، المرجع السابق، ص 523

3 Harith Al-Dabbagh , Op-Cit, p 6-9.

4 François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil -Les Obligations-, Droit civil -Les Obligations-, 7^{ème}Ed, Dalloz, 1999, p505.

الملزمة للعقد، لأنها تجيز تعديل العقد من طرف القاضي بطلب من أحد أطراف العقد دون موافقة الطرف الآخر، وهذا مخالف لمضمون قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تنص على أن تعديل العقد يتم بناء على رضا طرفيه فقط، لكن تدخل المشرع الفرنسي وأخذ بهذه النظرية في نصوص خاصة¹ نذكر منها القانون 18 أبريل 1933، الذي منح المحاكم سلطة تخفيض أجرة الأراضي الزراعية وأجرة المباني المعدة للاستعمال التجاري والصناعي.² وقد سار على نهجه المشرع الكيبيكي Québécو الذي تمسك بحرمة العقد ومبدأ سلطان الإرادة،³ وكذلك قانون الموجبات اللباني وقضاؤه المدني هو الآخر لم يأخذاً بنظرية الظروف الطارئة لتعارضها مع نص المادة 1/221 من هذا القانون التي تنص على أنه: (إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين)، أما القضاء الإداري فقد سار على خطى مجلس الدولة الفرنسي، فأخذ بالنظرية وطبقها على عقود التزام المرافق العامة وعقود التوريد بين الإدارة والأفراد.⁴

إلا أنه بموجب التعديلات التي شهدتها القانون المدني الفرنسي قد أخذ أخيراً بنظرية الظروف الطارئة طبقاً لتعديل سنة 2016، بموجب المادة 1195 منه التي بالرغم من غموض صياغتها، يتضح منها أن المشرع المدني الفرنسي قد تراجع عن موقفه الرفض لنظرية الظروف الطارئة، وقد بدأ يميل إلى الإنقاص من القوة الملزمة للعقد، والإنقاص من حدة إلزام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأنها تتعارض مع التوجه الجديد للتشريعات الحديثة نحو التوازن المالي للعقد الذي يحقق العدل والمساواة، وإيثار القوة الملزمة للمتعاقدین على القوة الملزمة للعقد.

1 بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 123.
2 يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون الوضعي تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017/2018، ص358.

3 Harith Al-Dabbagh , Op-Cit, P 9.

4 أنور سلطان، مصادر الالتزام -الموجز في النظرية العامة للالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، المرجع السابق، ص 238.

ولقد تبنى المشرع المدني الجزائري نظرية الظروف الطارئة كاستثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، بنص عام في المادة 3/107 بقولها: (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

كما طبق هذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاول¹ في المادة 3/561 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد).

4. نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

كثيرا ما نجد توافقا بين أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية في شتى نواحي الحقوق وما نصت عليه القوانين الوضعية مما هو ثمرة التفكير السديد والتصور الرشيد والتمييز الصحيح،² وهناك العديد من النظريات القانونية الشاهدة على ذلك، و من أبرزها نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي المعروفة بنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي.

فقد وضع الفقهاء المسلمون عدة فروض وحلول تعد تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة من خلال الفتاوى والاجتهادات المتعلقة بالأعذار والجوائح وتقلب قيمة النقود، وتقننوا في تأصيل هذه المسائل على ضوء الكتاب والسنة وتحقيقا للعدالة.³

¹ أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة -، 2014/2015، ص 53.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار القلم، دمشق سورية، 1999، ص 118.

³ شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 7.

حيث أن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريعات الوضعية في الأخذ بهذه النظرية القائمة على الأصل الذي بنيت عليه الشريعة الإسلامية وهو "رفع الضرر" لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))¹، لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم لا على مبدأ سلطان الإرادة الذي تعرفه القوانين الوضعية، وعرف بعض المعاصرين نظرية الضرورة بأنها: " مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدین الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها".²

وعلى الرغم من أهمية نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية إلا أنها لم تعرف تنظيماً شاملاً كنظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وإنما هي عبارة عن تطبيقات مختلفة ناتجة عن فتاوى وآراء العلماء المسلمين، أهمها العذر في فسخ عقد الإجارة، الجوائح في بيع الثمار، وتقلب قيمة النقود، التي سنتناولها فيما يلي:

4.1. العذر في عقد الإجارة

أجاز الفقه الحنفي فسخ عقد الإجارة - الإيجار - بالعذر،³ نظراً للضرر والحرج الذين يسببهما للمدين، واستندوا في ذلك لقوله تعالى: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"،⁴ وقوله: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"،⁵ كما استندوا في ذلك إلى أن نفاذ العقد في ظل العذر سيؤدي إلى أضرار زائدة منها ما هو اقتصادي ومالي واجتماعي وحتى نفسي، وأن عقد الإجارة شرع للحاجة، ولزومه لتوفير حاجة المتعاقدين، فإذا أصبح

¹ كمال لدري، "أثر الظروف الطارئة على التزامات عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج 16، ع 4، الجزائر، 2001، ص 89.

² أحمد الصويغي شلييك، المرجع السابق، ص 170-171.

³ محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 151.

⁴ سورة الأنعام، الآية 119.

⁵ سورة الحج، الآية 78.

مصدر ضرر للمتعاقدين وقعت مخالفة أصل جوازه وثبت الحق في فسخه على سبيل الاستثناء.¹

وعرف بعضهم العذر بأنه: "عجز العاقد عن المضي في العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد"²، وهو بهذه الصفة أمر يعجز المتعاقد عن المضي في العقد، ولكنه لا يجعله مستحيلا، وإنما يؤدي إلى إرهاب المكلف بالالتزام.³

والأصل أن العذر المعتبر سببا لفسخ عقد الإجارة يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناءه، سواء تعلق العذر بالعين المؤجرة كإصابة المرأة المستأجرة للرضاعة بمرض في الثدي، وهو ما يمثل عيبا في المحل، أو هلاك العين المؤجرة هلاكا كلياً كانهدام بيت المؤجر أو جزئيا كانهدام جزء من بيته بحيث لا يمكن السكن فيه، وقد يتعلق العذر بالمؤجر كأن يلحقه دين لا يمكنه قضاءه إلا من العين المؤجرة، وقد يقع العذر في جانب المستأجر كإفلاسه أو مرضه مما يؤدي إلى تخليه عن العين المؤجرة، كما يمكن أن يكون العذر خارجيا كمن يستأجر حماما في بلدة يهجرها أهلها فذلك عذر يجيز له فسخ إجارة الحمام.⁴

وقد أخذ المشرع المصري من الشريعة الإسلامية نظرية فسخ الإيجار بالعذر،⁵ ونص بوجه عام في المادة 608 ق.م.م على أنه: (إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 563، وعلى أن يعرض الطرف

¹ محمد بوكماش و سعيدة بومعراف، "فسخ عقد الإجارة بسبب العذر"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ج 02، ع 08، جوان 2017، ص 580.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 324.

³ محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 155.

⁴ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 686-687، ومحمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 325-327.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (في العقود المسماة - عقد الإيجار-)، مج 2، ط 4، دار النهضة العربية، 1993، ص 750.

الآخر تعويضاً عادلاً. فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف).

4.2. الجوائح في بيع الثمار

اختلف الفقهاء في تعريف الجائحة فمنهم من قصرها على الآفات السماوية، كالأحناف الذين عرفوها بأنها: " الآفات السماوية التي لا عرف الأحناف الجائحة بأنها: " الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح والبرد ونحو ذلك"¹، ومنهم من توسع في تعريفها لتشمل كل آفة لا يد للإنسان فيها كالحنابلة الذين عرفوا الجائحة بأنها: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها"، أما المالكية فقد توسعوا أكثر في تعريفها لتشمل حتى فعل الإنسان حيث عرفوها بأنها: " ما لا يستطيع دفعه من أمر سماوي كبرد وتلج وغبار وسموم وجراد، وفأر ونار و نحو ذلك أو الجيش".²

ويعود الأساس الذي تقوم عليه نظرية الجوائح إلى المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه الشريعة الإسلامية وهو رفع الحرج لقوله تعالى: "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت"،³ وإزالة الضيق لقوله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"،⁴ وحرمة أكل مال الناس بالباطل لقوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"،⁵ وهذا كله من شأنه تحقيق العدالة أي نفس الأساس الذي تبناه معظم الفقه الوضعي في تأسيس نظرية الظروف الطارئة.⁶

وقد ارتبطت الجوائح بالثمار لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: " لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق" ، وعن أبي سعيد قال: أصيب رجل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم في ثمار

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 315.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 315.

³ سورة البقرة، الآية 286.

⁴ سورة البقرة، الآية 185.

⁵ سورة البقرة، الآية 188، و سورة النساء، الآية 29.

⁶ محمد بوكماش، "نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح"، المرجع السابق ص 324.

ابتاعها فكثير دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((تصدقوا عليه))، فتصدق الناس لكن لم يبلغ ما تصدقوا به مبلغ دينه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لدائنيه خذوا ما وجدتم وليس لكم غير ذلك، وعليه فإن محل الجوائح هو الثمار وهو متفق عليه بين المذهبين المالكي والحنبلي، أما البقول والتمر فهما محل خلاف.¹

والجوائح لا حصر لها ومن أمثلتها عند مالك ابن أنس ما جاء في المدونة الكبرى: "الجراد جائحة عند مالك وكذلك النار في قول مالك والبرد والمطر و الطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش من انقطاع الماء أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت...، وقال مالك في الجيش يمرون فيأخذون ثمرته فهو جائحة، وقال ابن قاسم ولو أن سارقا سرقها كانت جائحة في رأيي، قال ابن نافع ليس السارق بجائحة".²

وعليه فإن الجوائح لدى الفقه الإسلامي هي إما آفات سماوية كالبرد والمطر والريح والجليد والحر والطير الغالب والجراد والعطش، أو أرضية وتشمل الدود والنار والعفن وأفعال الأدميين كالجيش والسارق، هذا الأخير اختلف فيه لكونه أمرا يمكن التحرز منه.³

أما الجزاء في الجوائح فقد ذهب المالكية والحنابلة والشافعي في القديم إلى أن ما أهلكته الجوائح هو من ضمان البائع، فيوضع على المشتري ثمن ما أهلكته الجائحة من ذلك، واستدلوا على قولهم هذا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق"، ويفهم من ذلك أن الأثر المترتب عن الجائحة هو إما فسخ البيع، أو التيسير على المشتري جراء الضرر الذي أصاب الثمار.⁴

¹ محمد علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية والقانون الإداري - دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية-، د ط، اليازوري، 2014، ص 47 و 58.

² الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 12، مطبعة السعادة، مصر، 1323 هجري، ص 37-38.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 317.

⁴ محمد بوكماش، "نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح"، المرجع السابق، ص 330.

4.3. تقلب قيمة النقود

إن ظهور النقود بشكلها الحالي بدلا من الفضة والذهب اللذين عرفهما الإنسان قديما في التعامل أدى إلى اهتمام الفقهاء المسلمين وبالأخص أتباع الفقه الحنفي بمسألة تقلب قيمة النقود، وعلى رأسهم ابن العابدين الذي اعتبر الأوامر السلطانية المتضمنة تخفيض قيمة النقود ظروفًا طارئة بقوله: " واعلم أنه تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر النقود الرائجة بالنقص واختلف الإفتاء فيه والذي استقر عليه الحال الآن دفع النوع الذي وقع عليه العقد...".¹

5. نظرية الظروف الطارئة في القانون العام

يتعدد استخدام مصطلح الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية بين القانونين العام والخاص، وأول ما ظهر استخدامه في القانون العام، في القانون الإداري والدستوري وحتى القانون الدولي العام، وقد توسع استخدامه بعد ذلك لمجال القانون الخاص في القانون المدني وبالأخص في العلاقات التعاقدية كما أسلفنا.

فعند الحديث عن نظرية الظروف الطارئة يجب لا محال أن نتحدث عنها في مجال القانون العام، الذي هو مهد نشأتها، وتحديدًا القضاء الإداري ممثلًا في مجلس الدولة الفرنسي، الذي يعود الفضل إليه في إقامة نظرية الظروف الطارئة، وبالتحديد خلال الحرب "العالمية الأولى" التي كانت سببًا في انتعاش نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري في فرنسا، ولعل أشهر قضية عرضت على مجلس الدولة في هذا قضية شركة الغاز ضد بلدية بورديو Beaurdeau، التي تتلخص وقائعها في أن شركة الغاز وجدت نفسها ملتزمة بتوريد الغاز للمدينة مقابل سعر ثمانية سنتيمات، بينما سعر الغاز قد ارتفع عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكا للطن في سنة 1913 إلى ثلاثة وسبعين فرنكا في سنة 1915، وهذا ما جعل الشركة تتكبد خسائر فادحة وأثر بذلك على التوازن المالي للعقد، فتقدمت هذه الشركة للسلطة مانحة الالتزام بطلب رفع الأسعار، فردت الإدارة بالرفض وتمسكت بتنفيذ العقد طبقًا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وبعدها رفعت القضية إلى مجلس ديوان

¹ شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 51.

المحافظة الذي صرح بدوره برفض طلب شركة الغاز، وانتهى الأمر بعرض القضية على مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر طلب الشركة استنادا لقاعدة دوام سير المرافق العامة، بالإضافة إلى أن الظروف التي حدثت لم تكن في حسابان الشركة، وأخلت بالتوازن المالي للعقد إخلالا جسيما، يتهدد الشركة بخسارة فادحة.¹

وفي مجال القانون العام أيضا يعرف القانون الدستوري هو الآخر ما يسمى بالظروف الاستثنائية، طبعاً ليس في إطار العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد، لأن أحكام ومواضيع ومجال القانون الدستوري تختلف تماماً عن القانون المدني، فالقانون الدستوري وهو ما يسمى بالقانون التأسيسي والقانون الأسمى في البلاد يتناول تحديد نظام الحكم في الدولة وشكلها، وتقسيم السلطات الثلاث في الدولة إلى (تنفيذية، تشريعية، وقضائية)، وتحديد اختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، كما كأنه يحدد الحريات الأساسية للمواطنين والواجبات التي تقع على عاتقهم.

حيث أن الدستور الجزائري في إطار تنظيمه للسلطة التنفيذية قد تطرق إلى حالة تعرض البلاد إلى ظروف استثنائية سميت في الدستور الجزائري بالحالة الاستثنائية²، وهي فكرة تشمل جميع الظروف والصعوبات التي تعترض الدولة في المحافظة على نظامها وأمنها.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة وتمييزها عما يشابهها من أنظمة

تثير نظرية الظروف الطارئة تساؤلات عديدة حول طبيعتها القانونية، وهذا ما سنتناوله (أولاً)، كما أن هذه النظرية تتشابه مع العديد من الأنظمة القانونية في القانونين الخاص والعام، وهذا ما يستدعي تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها (ثانياً)

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 46-47.

² المادة 98 من المرسوم رئاسي رقم 20-442 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، الصادرة في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020.

أولاً: الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة

يثور التساؤل حول مدى اعتبار الأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فنجد الفقه المصري ينقسم حول الطبيعة القانونية لأحكام هذه النظرية إلى قسمين، قسم يرى أن أحكامها من النظام العام وبالتالي تسري بأثر فوري على كافة العقود القائمة وقت صدور القانون المدني المصري الجديد سنة 1949 سواء العقود التي أبرمت في ظل هذا القانون وكذلك العقود التي أبرمت قبل صدوره، أما القسم الثاني فيرى أن أحكام نظرية الظروف الطارئة ليست من النظام العام وأنها غير ملزمة، لأنها ترمي إلى حماية المصالح الشخصية للمتعاقدين فقط.¹

أما المشرع الجزائري فقد حسم الخلاف حول اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، حيث نص صراحة على عدم جواز مخالفة أحكام نظرية الظروف الطارئة وبطلان كل اتفاق يخالفها، وذلك بنصه في المادة 3/107 من ق.م.ج على أنه: (.....، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، ويرجع ذلك إلى اعتبار المشرع الجزائري أن الظروف الطارئة هي حوادث استثنائية عامة تصيب الناس كافة وهي غير خاصة بالمتعاقدين فقط، فلو لم يشترط شرط العمومية كما فعلت بعض التشريعات لكان الأمر مختلفاً، ولأن نظرية الظروف الطارئة الهدف منها إعادة التوازن المالي للعقد المختل أثناء تنفيذ العقد بفعل ظروف غير متوقعة، والعدالة العقدية تقتضي عدم جواز الاتفاق على تخلي المدين عن حقه في إعادة التوازن المالي للعقد مسبقاً، بخلاف القوة القاهرة التي يجوز لأطراف العقد استبعاد تطبيق أحكامها مسبقاً لأنها تؤدي إلى انفساخ العقد لا إلى الإبقاء عليه.

أما مسألة استبعاد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بعد أن تطرأ الحوادث أو الظروف الاستثنائية، فهذا يرجع لإرادة المتعاقدين الذين قد يتفقان بعد وقوع حوادث استثنائية على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة و تطبيق أحكام أخرى كفسخ العقد التماسخ.

¹ يسين سعدون، المرجع السابق، ص 352-353.

أما عن تدخل القاضي بصدد الظروف الطارئة فيثور التساؤل حول مدى سلطة القاضي في إثارة الظروف الطارئة، هل يمكنه إثارة الظروف الطارئة من تلقاء نفسه؟ نلاحظ أنه بالرغم من كون أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، إلا أنه لا يجوز للقاضي إثارة الظروف الطارئة وتطبيق نظرية الظروف الطارئة بصورة آلية، بل لا بد أن يكون تدخله بناء على طلب المدين، أي أنه لا يطبق أحكامها بصورة آلية كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية الآمرة عموماً.

ثانياً: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن بعض الأنظمة المشابهة

قد يقع الخلط بين العديد من النظريات والأنظمة القانونية التي غرضها إعادة التوازن المالي للعقد مع نظرية الظروف الطارئة سواء في القانون المدني أو في القانون الإداري، وهذا ما يحتم علينا التطرق إلى مختلف هذه النظريات ومحاولة رفع اللبس عنها من خلال تمييزها عن نظرية الظروف الطارئة وذلك بالتطرق لأوجه التشابه بينها وأوجه الاختلاف، وعليه سوف نحاول في هذا الفرع التطرق إلى أهمها وأقربها شبيهاً بنظرية الظروف الطارئة، وهي نظرية القوة القاهرة، نظرية عمل الأمير، والصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك فيما يلي:

1. تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة أقرب النظريات للظروف الطارئة، وهي فكرة معروفة منذ القانون الروماني الذي صورها بأنها حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه يتصف بأنه حادث غير متوقع وغير ممكن دفعه، ومستقل عن إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام، والنتيجة المنطقية المترتبة عن هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك.

وقد عرفها الفقيه الروماني ألبيان ULPIEN بأنها: "كل ما لم يكن في الوسع توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، حتى وإن أمكن توقعه فإنه لا يمكن مقاومته".¹

وعرفها القانون الإداري الفرنسي بأنها: "الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية"².

أما المشرع الجزائري ونظيره المصري فلم يعرفا القوة القاهرة، وإنما اكتفيا بتحديد آثارها من خلال المادة 176 ق.م.ج التي جاء فيها: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)³، تقابلها المادة 215 ق.م.ج بقولها: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)⁴

وعلى عكسهما فقد قام المشرع المغربي بتعريفها من خلال مقتضيات الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود بأنها: (القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعد من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يُقَمَّ المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه.

¹ شريف غنام، أثر تغيير الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، ط 1، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي -الإمارات العربية المتحدة-، 2010، ص 18، ومحمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة -دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج-، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء -المغرب-، 1993، ص 27.

² محفوظ عبد القادر، أثر تغيير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2018/2019، ص 129

³ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ج.ج.ج، ع 78، المعدل والمتمم.

⁴ القانون المدني المصري، المرجع السابق.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين).¹

من مجمل هذه التعاريف يتبين لنا من أن القوة القاهرة هي كل حادث أو فعل أجنبي خارج عن إرادة أطراف العقد، حوادث طبيعية كالفيضانات والزلازل... وغيرها، أم راجعة لفعل الإنسان كالحروب وفعل السلطة مثلا، لا يمكن توقعه ولا دفعه، ويؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة.

أما الاستحالة النسبية فيجمع الفقه على استبعادها، كتلك التي ترجع إلى اعتبارات تخص المتعاقد دون غيره، كأن لا يملك المهارات أو المؤهلات لتنفيذ التزامه.²

وكثيرا ما يقع خلط بين الظروف الطارئة و القوة القاهرة لتشابههما الكبير وتقاطع مجاليهما فالحرب مثلا قد تكون ظرفا طارئا أحيانا، وفي أحيان أخرى تصبح قوة القاهرة، والأوبئة أيضا، وكمثال قريب عن ذلك جائحة كوفيد-19 التي شهدتها العالم أواخر سنة 2019 أثارت جدلا كبيرا حول تكييفها، حيث سارع العديد من الفقهاء إلى تكييفها كقوة القاهرة، بينما آثر آخرون تكييفها كظرف طارئ، وعليه ثارت عدة تساؤلات حول الحد الفاصل بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة.³

ويشاطرنا في هذا الرأي أستاذنا الدكتور عبد الحفيظ بقة الذي يرى أن جائحة كوفيد-19 إذا كان من شأنها أن تجعل التزام المدين مرهقا فهي ظرف طارئ يمكن أن تستمر معه عقود العمل وعلى الطرف المتضرر من هذا الظرف أن يلجأ إلى القضاء لطلب رد الالتزام المرهق للحد المعقول، بأية وسيلة يراها القاضي كفيلة للحفاظ على التوازن المالي للعقد واستقرار عقد العمل، غير أن هذه الجائحة قد تتحول إلى قوة القاهرة كما في حالة غلق

¹ قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق.

² علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 468.

³ من وجهة نظرنا نرى أن جائحة كوفيد 19 أو أي سبب آخر لا يمكن إعطاؤها وصف قوة القاهرة أو ظرف طارئ، إلا بعد معاينة تأثيرها على العقد، لأن كل عقد أو حالة تختلف عن الأخرى، كما أن هذه الظروف يختلف أثرها على العقود الداخلية منها على العقود الدولية.

المؤسسة غلقاً نهائياً لسبب أجنبي لا يد لصاحب العمل فيه وترتب عليه استحالة تنفيذ صاحب العمل لالتزاماته فهذا يفسخ العقد بقوة القانون.¹

وفيما يأتي سنحاول توضيح نقاط التشابه بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، ونقاط الاختلاف بينهما.

1.1. أوجه التشابه بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

- إن وقت نشوء كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة يكون بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه.
- تعد كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة حوادث خارجة عن إرادة أطراف العقد، ولا دخل لهم في حدوثها لا من قريب ولا من بعيد، كما يشترط عدم صدور خطأ في جانب المدين.
- تقاطع مجالي القوة القاهرة والظروف الطارئة (الحروب، الأوبئة، الكوارث الطبيعية... وغيرها)، حيث أن نفس الظرف قد يكيف بظرف طارئ تارة، ويكيف قوة القاهرة تارة أخرى، حسب تأثيرها على قدرة المدين على التنفيذ.
- تتميز الظروف والطارئة وكذلك القوة القاهرة بخاصيتي عدم إمكان أطراف العقد بالتنبؤ بحدوثها أثناء إبرام العقد، وعدم إمكانية دفعهما عند حدوثهما.
- مجال أعمال كل من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة هو العقود المستمرة والعقود الفورية المتراخية التنفيذ.

1.2. أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

بالرغم من أوجه الشبه الكثيرة التي تجمع بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة إلا أنهما يختلفان في النقاط التالية:

¹ عبد الحفيظ بقة، "إشكالية الحفاظ على استقرار علاقات العمل في مواجهة جائحة كوفيد 19 - بين التزامات صاحب العمل ومسؤولية الدولة"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، الجزائر، جويلية 2020، ص 553-554.

- إن الفرق الجوهرى والحد الفاصل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة يتمثل في مدى تأثيرهما على تنفيذ الالتزام، فبينما تجعله القوة القاهرة مستحيلا استحالة مطلقة، فإن أثر الظروف الطارئة لا يتعدى جعل الالتزام عسيرا أو مرهقا للمدين وليس مستحيلا، بحيث لو قام به فإنه سيتكبد خسارة فادحة تتعدى المألوف.
- الظروف الطارئة طبقا للقانون المدني الجزائري يجب أن تكون عامة، بينما القوة القاهرة يمكن أن تكون حادثا فرديا أو عاما¹ كحريق محصول فلاح بعينه يؤدي إلى استحالة تنفيذه لالتزامه بتسليم المحصول.
- تنحصر سلطة القاضي إزاء القوة القاهرة في فسخ العقد، بينما يتمتع بسلطة تقديرية أكبر إزاء الظروف الطارئة فله في سبيل رد الالتزام المرهق للمدين عدة حلول إما زيادة الالتزام المقابل، أو إنقاص التزام المدين، أو إيقاف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظروف الطارئة، كما له أن يمنحه أجلا مناسباً لتنفيذ التزامه.
- القوة القاهرة تؤدي إلى زوال التزام المدين وإعدام العقد، بينما تسعى نظرية الظروف الطارئة إلى إعادة توازن العقد المالي والحفاظ على العقد من الزوال، وإتمام تنفيذه.
- تتميز الأحكام المنظمة لنظرية الظروف الطارئة بأنها من النظام العام، حيث نص المشرع الجزائري صراحة على عدم جواز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها، بخلاف الأحكام المنظمة لنظرية القوة القاهرة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومنها الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، حيث تنص المادة 1/178 ق.م.ج على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة).

2. تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير

عرف فالين Valine عمل الأمير بأنه: "كل إجراء صادر عن السلطة العامة، دون خطأ منها ومن شأنه أن يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد معها".¹

¹ محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 131.

و يعرفه الأستاذ عمار عوابدي بأنه: "الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، الأمر الذي يشكل مخاطر غير عادية".²

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرفه في أحد أحكامه بأنه: " كل عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد للعقد توازنه المالي".³

إذا فنظرية عمل الأمير هي من صميم القانون الإداري، وتتعلق خصوصاً بالعقود الإدارية، التي تتميز باستخدام الإدارة لنفوذها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، حيث يمكنها بموجب السلطات المخولة لها قانوناً أن تتخذ أثناء تنفيذ العقد إجراءات ضارة بالطرف الآخر في العقد، تؤدي إلى زيادة أعبائه المالية، مما يهدده بخسارة مهما كان حجمها لم يكن ليتوقعها أثناء إبرام العقد، ما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

وتتمثل شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فيما يلي:⁴

- أن يكون هناك عقد إداري.
- أن ينتج عن عمل الأمير ضرر للمتعاقد.
- أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع.
- أن يكون العمل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.
- ألا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار، بحيث يجب أن يكون هذا الإجراء الهدف منه تحقيق الصالح العام، أما إذا انطوى تصرفها على خطأ فلا مجال لإعمال هذه النظرية، إنما تسأل على أساس الخطأ.

¹ صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماجستير في العلوم الإدارية، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الاقتصادية والحقوق، باتنة، 1986/1987، ص 43.

² صدراتي صدراتي، المرجع نفسه، ص 43.

³ صدراتي صدراتي، المرجع نفسه، ص 44.

⁴ صدراتي صدراتي، المرجع نفسه، ص 45-46.

وعليه فإن عمل الأمير يداخل نظرية الظروف الطارئة في العديد من النواحي، لذلك يستوجب منا الأمر التطرق لأوجه التشابه بين هاتين النظريتين، وكذا أوجه الاختلاف بينهما وذلك فيما يلي:

2.1. أوجه التشابه بين نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير

- كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير يطبقان نتيجة لظرف غير متوقع، حيث يتمثل في نظرية عمل الأمير في الإجراء غير المتوقع الذي تتخذه الإدارة، بينما يتمثل في نظرية الظروف الطارئة في الحادث الأجنبي غير المتوقع .
- إن وقت نشوء الظرف الطارئ، وكذا اتخاذ الإجراء الإداري غير المتوقع هو مرحلة تنفيذ العقد.
- يشترطان لإعمال كلتا النظريتين عدم خطأ الطرف الآخر في العقد، فلتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط ألا تكون الإدارة قد أخطأت حين اتخذت الإجراء الذي نجم عنه ضرر للمتعاقدين معها، وكذلك يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون الظرف أو الحادث الاستثنائي ناجما عن خطأ المتعاقدين الآخر.

2.2. أوجه الاختلاف بين نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير

- يتحدد نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير بالعقود الإدارية فقط، أما نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة فيشمل العقود الإدارية والعقود المدنية.
- عمل الأمير قد ينشأ عن عمل الإدارة التي هي طرف في العقد، بينما يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون للمتعاقدين الآخر ضلع في نشوء الحادث أو الظرف الاستثنائي.
- يترتب عن عمل الأمير إلحاق الضرر بالمتعاقدين الآخر مع الإدارة بسبب زيادة أعبائه، بينما يترتب عن الظروف الطارئة إرهاب المدين وجعل تنفيذ التزامه عسيرا.

3. تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلق القضاء الإداري، ويرجع تطبيقها إلى منتصف القرن التاسع عشر، وتفترض هذه النظرية أن المتعاقدين مع الإدارة

يصادف في تنفيذ التزامه صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، لا يمكن توقعها أثناء إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ التزامه مرهقا، مما يؤدي إلى حقه في تعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار، ومن أمثلة ذلك في القضاء الفرنسي تفاقماً مقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها، و في مصر ما طبقه مجلس الدولة بحكمه في 1956/12/23 ، حيث صادف المقاول وهو بصدد حفر إحدى الآبار الارتوازية طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها الأدوات التي كانت بحوزته، وتحتاج إلى آلات حديثة ومتطورة لم يكن في وسعه الحصول عليها.¹

ويشترط لتطبيق أحكام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة الشروط التالية:

- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وهي التي ترجع غالبا إلى ظواهر طبيعية، أو يرجع مصدرها إلى الإنسان.
- أن لا ترجع هذه الصعوبات إلى عمل أحد أطراف العقد.
- أن تكون الصعوبات غير متوقعة أثناء إبرام العقد.
- أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي خالص.
- أن يترتب عن هذه الصعوبات اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

ومنه يتبين لنا أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتشابه مع نظرية الظروف الطارئة في بعض النواحي، وفي نفس الوقت تختلف عنها في نواحي أخرى، سنحاول بيانها فيما يلي:

3.1. أوجه التشابه بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة

- نشأت كلتا النظريتين في أحضان القضاء الإداري.
- تشترط النظريتان أن يقع الحادث المستوجب للتعويض في المرحلة ما بين إبرام العقد وتنفيذه وليس قبل ذلك.
- تشترط كلتا النظريتين أن يكون الحادث استثنائي وغير متوقع.

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 549.

- تقوم كلتا النظريتين على فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل بفعل ظرف استثنائي.

3.2. أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير

المتوقعة

- تطبق نظرية الصعوبات المادية في العقود الإدارية فقط، بينما يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود المدنية والإدارية، وبالتالي فنظرية الظروف الطارئة أوسع نطاقا من نظرية الصعوبات المادية.
- في نظرية الصعوبات المادية يكفي أن يكون الحادث استثنائيا، ويكفي أن يصيب المتعاقد بمفرده، بينما تشترط نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث أو الظرف الاستثنائي عاما، لا يقتصر على المدين فقط.
- في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكفي أي قدر من الضرر ولو كان ضئيلا، بينما تشترط نظرية الظروف الطارئة أن يصل الضرر حدا من الجسامة يتحقق معه إرهاب المدين في تنفيذ التزامه.
- يستحق المتعاقد مع الإدارة الذي واجه صعوبات مادية أثناء تنفيذ العقد تعويضا كاملا عما أصابه، بينما يقتصر تعويض المدين في نظرية الظروف الطارئة في رد التزامه إلى الحد المعقول فقط وهو من قبيل التعويض الجزئي.

المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة وشروط إعمالها

لا يثير الهدف من إعمال نظرية الظروف الطارئة تساؤلا كبيرا، بقدر ما يثيره الأساس الذي بنيت عليه هذه النظرية، باعتبارها نظرية حديثة بعض الشيء، فإذا كان الهدف من تطبيق هذه النظرية هو البحث عن حل لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة التي حلت بالعقد، حينما عجزت النظريات الأخرى التي تعرفها النظرية العامة للعقد عن إعادته، فإن أساس هذه النظرية هو محل جدل فقهي كبير، كما أن شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة تختلف عن تطبيق نظريات العقد الأخرى نظرا لارتباطها بالحادث الاستثنائي الذي هو جوهر إعمال نظرية الظروف الطارئة.

وعليه فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في (الفرع الأول) إلى الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، وفي (الفرع الثاني) إلى شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة

إن تدخل القاضي في العقد عموماً لا يشكل خطراً في حد ذاته، ولكن الأساس المبهم الذي بني عليه هذا التدخل هو ما يثير الريبة،¹ وكأي نظرية قانونية اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، وعليه تعددت الأسس التي يفترض أن تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة تبعاً للمذاهب الفقهية، وفيما يأتي سوف نتطرق إلى أهمها.

أولاً: قواعد العدالة والإنصاف كأساس لنظرية الظروف الطارئة

تعتبر قواعد العدالة أحد مصادر القاعدة القانونية طبقاً للمادة 1 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، ويعود سبب تأسيس البعض لنظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة باعتبارها الهدف الذي يصبو إليه الإنسان منذ الأزل²، وأن العدالة تجيز تدخل القاضي في العقد لإنصاف الطرف المرهق بفعل الظروف الطارئة، ورد التزامه إلى الحد المعقول.

وتعد العدالة التبادلية للفيلسوف أرسطو الأساس الذي تقوم عليه نظرية العقد ومختلف مسائل نظرية الالتزام، وهي تقوم على فكرة العدل التبادلي الذي يحكم العلاقات بين الناس

¹ MARIGNOL LUDOVIC, La prévisibilité en droit des contrats, thèse de doctorat de l'université de Toulouse, France, 11/12/2017, P 337.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 75.

سواء كانت إرادية كالعقد أو غير إرادية كالعمل غير المشروع، وتقوم فكرة العدل التبادلي على المساواة الحسابية المطلقة.¹

ويعد هذا الأساس الذي تبناه أغلب الفقهاء القانونيون الذين يرون أن فكرة إعادة التوازن المالي للعقد التي تكرسها نظرية الظروف الطارئة تؤدي إلى تقييد قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، هي فكرة مستمدة من مبادئ العدالة والإنصاف من أجل تحقيق العدالة العقدية التي بدورها تحقق استقرار المعاملات،² وكذا والفقهاء الإسلامي الذي جعل من قواعد العدالة الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية بكل ما تحمله من أبعاد سواء بالنسبة للعدر في عقد الإيجار أو وضع الجوائح أو بالنسبة لتغير قيمة النقود.³

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من طرف البعض بدعوى أن فكرة العدالة هي فكرة مرنة وغامضة، ولا تزال محل جدل فقهي، وليس من السهل تعريفها لمخالطتها الإحساس الأخلاقي- الآداب العامة- الذي يتأثر بالمفاهيم السائدة في المجتمع الدائمة التغير هي الأخرى، وعليه قالوا بعدم صلاحيتها كأساس لنظرية قانونية كنظرية الظروف الطارئة.⁴

ثانيا: نظرية الغبن كأساس لنظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة ما هي إلا نظيرة لنظرية الغبن فإذا كان القانون يحمي المتعاقد من الغبن أثناء تكوين العقد فيجب عليه أيضا أن يحميه منه أثناء تنفيذ العقد، ويتمثل الاختلاف الرئيسي بين نظيرتي الغبن و الظروف الطارئة في أن اختلال التوازن

¹ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، د ط، منشأة المعارف، 1974، ص 142-143.

² يوسف بوشاشي، "نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر 1، ع 31، ج1، الجزائر، جوان 2017 ص 115-116.

³ شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 49. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج4، ط4 المنقحة المعدلة (ط12) لما سبقها، دار الفكر، دمشق سورية، د.س.ن.

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 75 و78.

المالي للعقد الناتج عن الغبن يوجد في مرحلة تكوين العقد، أما الاختلال الحاصل تبعا للظروف الطارئة فلا يحدث إلا بعد انعقاد العقد ووقوع حادث مفاجئ قبل التنفيذ.¹

و يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هناك نوعا من الغبن لا يظهر عند إبرام العقد ولكن يظهر فيما بعد وقد أطلقوا عليه تسمية الغبن اللاحق، وعليه قاموا بتأسيس نظرية الظروف الطارئة بناء عليه، لأن الإرهاق الذي يتحملة المدين أثناء تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة ما هو إلا غبن لاحق، وعرفوه بأنه: "عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد وحصول الأمر الذي يتوقف عليه الانعقاد النهائي للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ".²

لكن فكرة الغبن كما يعرفها القانون المدني من حيث وجوب قياس عدم التعادل بين أداءات المتعاقدين أثناء إبرام العقد وليس بعد إبرامه لا تصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة التي أقيمت أصلا لرد إرهاق المدين في مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما لا يمكن التنبؤ به أثناء إبرام العقد، إضافة إلى أن هذه الظروف أو الحوادث الاستثنائية لا دخل لإرادة أطراف العقد فيها، بخلاف الغبن الذي يعتبره القانون المدني عيبا من عيوب الإرادة إذا كان سببه استغلال أحد أطراف العقد لطيش بين أو هوى جامع للطرف الآخر في العقد.

ثالثا: فكرة الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة

أسس بعض الفقهاء نظرية الظروف الطارئة على فكرة الإثراء بلا سبب، وحجتهم في ذلك أن الدائن الذي يريد من المدين تنفيذ عقد مرهق إنما يثري على حسابه دون سبب.³

والإثراء بلا سبب هو مصدر مستقل من مصادر الالتزام يقوم إلى جانب المصادر الأخرى دون أن يكون اشتقاقا منها أو ازدواجا لها، وقد نص المشرع الجزائري على القاعدة العامة في اعتبار الإثراء بلا سبب مصدرا عاما ومستقلا من مصادر الالتزام في المادتين

¹ شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 4.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 79-80.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 83.

141 و 142 من ق.م.ج، ويمكن تعريفه بأنه: "واقعة قانونية مؤداها أن يثري شخص على حساب شخص آخر دون سبب قانوني، أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر دون مبرر قانوني، فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام من أثرى به إلى من افتقر بسبب هذا الإثراء، وفي حدود الافتقار، أي بأن يدفع تعويضا يساوي أقل القيمتين: قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار".¹

وعليه فإن الإثراء بلا سبب لا يقوم إلا بتوافر ثلاثة شروط، أولها اغتناء شخص، وثانيها افتقار شخص آخر، وأخيرا انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء، بمعنى أن يكون الإثراء بدون سبب قانوني كالعقد أو القانون وهما المصدران الذين تتولد منهما معظم الحقوق، وعليه فإن الإثراء بلا سبب لا يصح أن يكون أساسا تبني عليه نظرية الظروف الطارئة، لأن الإثراء بلا سبب مصدره الواقع أما الالتزام الذي أصبح مرهقا أو مفقرا للمدين بفعل الظروف الطارئة فمصدره العقد وهو مصدر قانوني مشروع.

رابعا: نظرية السبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة

تنص المادة 97 من ق.م.ج على أنه: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا) تقابلها المادة 136 ق.م.ج على أنه: (إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)، وعليه فإذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان السبب غير مشروع أو مخالفا للنظام العام فمصير العقد البطلان، ونوع هذا الأخير هو البطلان المطلق لتعلقه بركن من أركان العقد.

والسبب عموما هو الغاية التي من أجلها تم التعاقد، والهدف الذي يرمي إليه المتعاقدان، فإذا كان محل العقد يجيب عن التساؤل التالي: بماذا التزم طرفا العقد؟، فإن السبب يجيب عن التساؤل التالي: لماذا التزم طرفا العقد؟².

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 443.

² Jaques Flour Et Jean-Luc Aubert Et Eric Savaux, Op-Cit, P 179.

والسبب كركن في العقد تصارعت من أجله العديد من النظريات بين قديمة وحديثة قد يطول شرحها،¹ لكن ما يهم في هذا الصدد هو استناد البعض إلى نظرية السبب كأساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة، حيث يرون أنه يمكن للقاضي أن يستعين بنظرية السبب لإعمال نظرية الظروف الطارئة، ومفاد هذا الرأي أنه متى وصل التزام المدين إلى حد مرهق أصبح لا يستند إلى سبب كامل وعلى ذلك وجب على القاضي في هذه الحالة إنقاص الالتزام إلى حد معقول.²

إلا أن هذا الرأي منتقد بشدة لأن السبب كما أسلفنا هو ركن من أركان العقد، وحري به أن يوجد أثناء تكوين العقد وطيلة وجوده، وهو أمر لا يتغير بتغير الظروف، ونظرية الظروف الطارئة إنما تتعلق بحوادث استثنائية خارجة عن إرادة أطراف العقد تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، وهي بطبيعتها لا تؤثر على أركان العقد بما فيها السبب، إنما تأثيرها يكون على تنفيذ الالتزام بجعله مرهقا للمدين.

خامسا: نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يؤسس بعض الفقهاء نظرية الظروف الطارئة على فكرة التعسف في استعمال الحق، فيرون أن الدائن الذي يتمسك بضرورة تنفيذ المدين التزامه العقدي رغم ما يتهده من خسارة نتيجة ما أصاب العقد من ظروف طارئة يعد متعسفا في حقه.³

و يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق بأنه: " انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكن يتعسف في استعمال هذا الحق"⁴، كصاحب البناء الذي يقيم حائطا مرتفعا بقصد حجب النور على جاره إضرارا به.

1 أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص 535-594.

2 بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 131.

3 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 87.

4 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، المرجع السابق، ص 111.

إلا أن هذا الرأي منتقد ففي القانون المدني الجزائري مثلاً أوردت المادة 124 مكرر منه بعض الأغراض التي إذا تحققت نكون أمام التعسف في استعمال الحق وذلك بقولها: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

من استقراء المادة 124 مكرر أعلاه نلاحظ أولاً أنها أوردت صور التعسف في استعمال الحق على سبيل المثال لا الحصر لورود "لاسيما" إلا أن هذه الصور تتسع لتشمل كل صور الانحراف، ثانياً نلاحظ عدم انطباق أي من الأغراض الثلاث الواردة فيها على مطالبة الدائن للمدين بتنفيذ التزامه المرهق جراء الظروف الطارئة، لأن الدائن لا يقصد من وراء مطالبته للمدين بتنفيذ التزامه إضراره، أو الحصول على فائدة قليلة مقارنة بما سيتكبده المدين جراء تنفيذ الالتزام المرهق، كما أنه لا يقصد الحصول على فائدة غير مشروعة لأنه يطالب بتنفيذ العقد بالكيفية التي اتفقا عليها مسبقاً قبل حدوث الظرف الطارئ، وهذا مطلب مشروع وغير مخالف لا للقانون ولا للعقد، وعليه فإن التعسف في استعمال الحق لا يصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة.

سادساً: التشريع كأساس لنظرية الظروف الطارئة

نظراً لكثرة الخلاف حول الأساس الذي تستند إليه نظرية الظروف الطارئة، أراد البعض إعفاء نفسه من هذا الجدل وقام بتبني أسهل الحلول، وذلك برد أساس هذه النظرية إلى التشريع، بمعنى إذا وجدت ظروف طارئة يتدخل المشرع لمعالجتها بالتشريع المناسب، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه تجاهلوا أن التشريع ما هو إلا الوسيلة التي يكشف بها المشرع عن نيته بعد أن تبلورت لديه فكرة نابعة عن أساس معين يكون سابقاً على القاعدة

التشريعية، فلا بد أن تكون هناك حكمة ما يستند إليها المشرع من وراء إجازته للقاضي التدخل في العقد بتعديله.¹

سابعاً: وجوب تنفيذ العقد بحسن نية كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يرجع البعض أساس نظرية الظروف الطارئة إلى حسن النية الذي هو الأساس في التعامل بصفة عامة، فمتى انعقد العقد صحيحاً فإنه يلزم طرفيه، ويتعين على أطرافه الوفاء بالالتزامات التي يربتها العقد في ذمتهم بحسن نية، حيث يقتضي أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والنزاهة في التعامل،²، فحسن النية يقتضي في عقد النقل أن يقوم الناقل بإيصال البضاعة من أصلح طريق، وبوجوب حسن النية على سائق سيارة الأجرة اختيار أقصر طريق حتى لا تزيد الأجرة على الراكب، وتتص الفقرة 1 من المادة 107 ق.م.ج على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية)، تقابلها حرفياً المادة 147 ق.م.م.

ولكن بتطبيق ما سبق على مطالبة الدائن لمدينه المرهق لا يوجد هناك صلة بين تلك المطالبة وحسن النية، لأن الدائن يطالب المدين بالتنفيذ فقط ولا يمكن نسب سوء النية إليه، لأن تقدير مدى قابلية العقد للتنفيذ بحالته التي اتفق عليها الأطراف وفي ظل الظروف الطارئة إنما يعود للقاضي ولا مجال فيه لاختيار أحد منهما، فالقاضي هو الذي يضع أسلوب التنفيذ ويد الدائن مغلولاً فلا يمكن وصفه بسوء النية وموقفه سلبي محض، فضلاً عن ذلك فإن سوء النية في تنفيذ العقد يعد من قبيل الغش وهو يقابل التدليس في تكوين العقد، فكما يجب أن يكون العقد بريئاً من التدليس في تكوينه يجب ألا يداخله سوء النية أثناء تنفيذه.³

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 112-113.

2 محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 372.

3 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 115.

ثامنا: تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه كأساس لنظرية الظروف

الطارئة

قبل أثناء مناقشة نص المادة 147 فقرة 2 من القانون المدني المصري من طرف مجلس الشيوخ أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كلاهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد.¹

وهذا الكلام قد تم انتقاده لأن نص المادة 147 / 2 ق.م.م يقابله المادة 3/107 ق.م.ج قد جعل الأمور بيد القاضي الذي خوله رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وليس بيد الدائن أو المدين، كذلك فإن منطق التضحية من الجانبين يقتضي أن تلعب إرادة المضحى دورا إيجابيا في إحداث التضحية، وهو ما لم يحدث لأن الأمر وصل إلى القضاء بسبب عدم التنفيذ من طرف المدين الذي صار التزامه مرهقا، ومطالبة الدائن له بالتنفيذ، إضافة إلى كون مصلحتي الدائن والمدين متعارضتين، فلو كان أحدهما يريد التضحية لانتهى الأمر باتفاق ودي دون اللجوء إلى القضاء ومعالجة الأمر بالرجوع إلى نظرية الظروف الطارئة.²

تاسعا: الأساس الذي تبناه المشرع الجزائري لنظرية الظروف الطارئة

يرى الدكتور العربي بلحاج أن فلسفة القانون المدني الجزائري فيما يخص نظرية العقد بما فيها نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مبادئ العدالة والإنصاف ومبادئ العدل لتحقيق التوازن بين مصلحة أطراف العقد ولضمان استقرار المعاملات انطلاقا من وظيفة العقد الاجتماعية والاقتصادية.³

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 118.

2 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 118.

3 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة-)، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، الجزائر، 2008، ص 261-262.

ونحن من وجهة نظرنا نفضل إسناد قواعد العدالة والإنصاف كأساس لنظرية الظروف الطارئة، فبالرغم من إيهام وغموض فكرة العدالة إلا أننا نرى أنها الأنسب لتأسيس نظرية الظروف الطارئة، لأن إجازة المشرع لتدخل القاضي في العقد بتعديله لم يكن إلا بدافع تحقيق المساواة بين أطراف العقد المختل توازنه بفعل الظروف الطارئة، وأن إسعاف المدين المرهق المهدد بخسارة فادحة، هو تحقيق للعدالة العقدية وضمان لاستمرار العقد، وبالتالي المحافظة على الروابط العقدية و استقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع.

الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

تجمع مختلف التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة على وجوب توافر مجموعة من الشروط لتطبيقها، منها ما هو متعلق بالعقد (أولا) ، ومنها ما هو متعلق بالظرف الطارئ (ثانيا).

أولاً: الشروط المتعلقة بالعقد

تتمثل الشروط الواجب توافرها لإعمال نظرية الظروف الطارئة، والمتعلقة بالعقد في أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وأن تقع الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وسنتطرق لذلك فيما يلي:

1- أن يكون العقد الذي تثار بشأنه النظرية متراخي التنفيذ

يعد العقد الركن الأساسي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويرتبط تطبيقها به وجودا أو عدما، لكن ليس كل عقد يصلح لأن يكون محلا لتطبيق هذه النظرية، حيث يجمع الفقه أن مجال تطبيق هذه النظرية هو العقود المتراخية التنفيذ، ولا يشترط قيام التراخي لكلا الالتزامين، وإنما يكفي أن يكون أحدهما فقط متراخيا، بحيث لو نفذ أحد المتعاقدين التزامه ولم ينفذ الآخر التزامه وطرأت ظروف طارئة فإن ذلك يؤدي إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالعبرة بالالتزام العقدي الذي أصبح مرهقا وليس بالالتزام الذي قابله، كما أنه في

الالتزام المؤجل الذي يتم تنفيذه على أقساط فإن نظرية الظروف الطارئة لا تسري على الأقساط السابقة وإنما تسري من الوقت الذي حدثت فيه الظروف الطارئة فقط.¹

وتعد العقود الزمنية أو المستمرة وكذا العقود الدورية المجال الخصب لحدوث الظروف الطارئة وتطبيق هذه النظرية، ولا يدخل في مجال تطبيقها العقود الاحتمالية كعقد التأمين لأن طبيعتها تحتل الربح والخسارة، ولا العقود الفورية غير المتراخية لأن تنفيذها يتم في الحال،² ومع ذلك فإن البعض يرى أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود غير المتراخية إذا حدثت هذه الظروف عقب إبرام العقد مباشرة -وإن كان هذا الأمر نادر الحدوث-، ولهذا فضل المشرع المصري مقتدياً في ذلك بالمشرع البولوني أن يسكت عن شرط التراخي، فهو شرط غالب في نظره لا شرط ضروري، وعليه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا النوع من العقود،³ وهو يوافق ما ذهب إليه المذهب الإسلامي الذي يرى أن الأساس الذي بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة هو حدوث الظروف الاستثنائية غير المتوقعة قبل تنفيذ العقد، وعليه يتم تطبيقها على كل عقد لم يتم تنفيذه بعد استيفاءه شروط النظرية وعناصرها بغض النظر عن نوعه.⁴

أما العقود الفورية المتراخية التنفيذ فهي محل خلاف فقهي، حيث يرى البعض حصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية والدورية فقط لأنها وحدها القابلة للتعرض للظروف الاستثنائية،⁵ أما العقود الفورية المتراخية التنفيذ فهي غير صالحة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن طبيعتها هي عقود فورية وأن تراخي التنفيذ هو وسيلة لتنظيم الوفاء

1 محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2011/2012، ص 247.

2 محمود علي رشدان، نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري - دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 68.

3 محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 142.

4 أحمد الصويغي شليبيك، المرجع السابق، ص 178.

5 Harith Al-Dabbagh , Op-Cit, p7.

فقط وهو تساهل من طرف الدائن، وليس من العدالة أن يضار الدائن من تيسيره،¹ بينما الرأي الغالب من الفقه يرى أن العقود الفورية المؤجلة تأخذ حكم العقود الزمنية لأن امتداد التنفيذ مدة طويلة أو تأجيله إلى مدة معينة قد يخل بالتوازن الاقتصادي الملحوظ في العقد.²

ويعود سبب هذا الخلاف إلى سكوت معظم النصوص القانونية المدنية المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة عن تحديد العقود محل تطبيق هذه النظرية، ومنها المادة 3/107 من ق.م.ج التي تقابلها المادة 2/147 ق.م.م، والمادة 146 من القانون المدني العراقي، والمادة 148 من القانون المدني السوري، ونص المادة 269 من القانون المدني البولوني، ونص المادة 338 من القانون المدني اليوناني، أما المشرع الإيطالي فقد حسم النزاع إذ نص صراحة على أن مجال العقود محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة هي العقود المستمرة وذات التنفيذ الدوري والعقود مؤجلة التنفيذ كذلك.³

2- أن تقع الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه

إن نظرية الظروف الطارئة قد خلقت أساساً لتطبيقها أثناء فترة تنفيذ العقد وهي تقابل نظرية الغبن عند إبرام العقد، وعليه يفترض لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ الحوادث أو الظروف الاستثنائية على العقد في الفترة ما بين انعقاده وتنفيذه، وهذا شرط أساسي لتطبيق هذه النظرية، فإذا حدثت هذه الظروف في بداية العقد أي أثناء الانعقاد فلا مجال لتطبيقها، لأنها حينئذ تصبح بدون جدوى لأن المتعاقد كان على علم بها، ولأن الهدف من خلق هذه النظرية هو إسعاف المدين الذي تم إرهاقه بموجب حوادث أو ظروف ما كان ليتوقعها أثناء إبرام العقد.

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 155.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 2، المرجع السابق، ص 968.

3 أحمد صويعي شليبيك، المرجع السابق، ص 174.

كما يجب أن تطرأ هذه الظروف أو الحوادث الاستثنائية قبل الانتهاء من تنفيذ العقد، فإذا حصلت بعد الانتهاء من تنفيذ العقد فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة¹، لأن العقد تم تنفيذه ولا يوجد ما يرهق المدين.

ويؤكد ذلك قرار المحكمة العليا رقم 1257789 الصادر في 2018/07/12 الذي جاء فيه أنه: " لكن حيث و بخلاف ما جاء بالوجه فإن قضاة المجلس أسسوا ما توصلوا إليه من قضاء يكون أن المدعية في الطعن أنجزت الأشغال وقامت بتسليمها بصفة نهائية إلى المدعى عليه في الطعن فيما أن مراجعة الأسعار في دعوى الحال وطبقا لما جاء بالمادة 30 من الصفة تكون وتتم أثناء سير الأشغال وليس بعد انتهائها، وفي ذلك أن قضاة الموضوع أعطوا كل الأساس القانوني في إطار ما جاء بالمادتين 106 و 107 من القانون المدني ومن تم احتكام إلى إرادة طرفي الدعوى التي تخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة المعلنة من طرفي الدعوى. حيث أن الوجه كما جاء يبقى غير سديد و وجب استبعاده"².

ثانيا: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

تتمثل الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ في وجوب أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ استثنائيا، وعاما بحيث لا يقتصر أثره على المتعاقدين فقط، وغير متوقع أثناء تكوين العقد، ولا يمكن دفعه، وأن يترتب عليه إرهاب للمدين بحيث لو قام بتنفيذ العقد لتكبد خسارة فادحة خارجة عن المألوف، وسنفصل هذه الشروط فيما يأتي:

1- أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ استثنائيا

1 عارف محمد الجناحي، "تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التقسيط والمرابحة للأمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج 16، ع 01، الشارقة، يونيو 2019، ص 131.

² <http://www.coursupreme.dz>, consulté le 21/10/2021, à 15.00.

يقول الأستاذ عبد الحي حجازي في هذا الصدد بأنه: "الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع لنظام معلوم"،¹ ويقصد بذلك أن يكون مما يندر وقوعه أو حصوله بحيث يبدو شاذا حسب المجرى العادي للحياة كالحروب والزلازل والحرائق.²

أما الحوادث الكثيرة والمعتادة الوقوع في الحياة العملية فلا تعتبر استثنائية إلا إذا بلغت حدا من الجسامة غير المألوفة، فالارتفاع والانخفاض الطبيعي للأسعار لا يشكل حالة مفاجئة لجمهور التجار أو المستهلكين أو المنتجين، لكنه قد يتحول إلى حادث استثنائي إذا كان الارتفاع أو الانهيار كبيرا وفاحشا وغير متوقع.³

ويعد شرط استثنائية الظرف الطارئ شرطا منطقيا لفرض احترام القوة الملزمة للعقد، كما أنه يعد مسوغا جيدا لتدخل القاضي في تعديل العقد، بحيث يجوز للقاضي على أساسه التدخل في العقد والعمل على إعادة توازنه المالي المختل بفعل الظروف الطارئة بعد أن كان ذلك محظورا عليه طبقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تمنع تدخل الغير في العقد بما فيهم القاضي.

2- أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ عاما

اشتراط المشرع الجزائري على غرار العديد من الدول التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة عمومية الظرف الطارئ (المادة 3/107 ق.م.ج)، ويقصد بذلك أن يمتد أثر الظرف الطارئ إلى كافة الناس أو إلى طائفة معينة كالتجار الذين يتعاملون في سلعة ما، أو متعهدي النقل، أو صائدي الأسماك... الخ.⁴

وشرط عمومية الظرف الاستثنائي مشابه لخاصية عمومية القاعدة القانونية فلا يلزم بالضرورة أن يصيب الظرف الطارئ جميع الناس بل يكفي أن يصيب مجموعة منهم، كما لا

¹ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013/2014، ص 258

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 240.

³ يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 117.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 240.

يلزم أن يصيب جميع أفراد هذه المجموعة بل يكفي أن يصيب أفراد المجموعة في إقليم معين كمنشوب الحرب في إقليم معين لدولة ما، وعليه لا يمكن وصف الظرف بالطارئ ولا تنطبق نظرية الظروف الطارئة على الظروف الشخصية التي يمكن أن تصيب مدينا بعينه كالإفلاس أو الموت مثلا .

لكن هناك اتجاه من الفقه ويتفق معه الفقه الإسلامي يرى إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ ويعتبره مجحفا لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين، وعليه فإن تقييد الظرف الطارئ بشرط العمومية لا يحقق العدالة في الحالات التي لا يكون فيها الظرف عاما، إضافة إلى كون هذا الشرط مصطنعا لا تمليه طبيعة الظروف، وهذا شرط غير منطقي لأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس ومقياس الأثر الكلي والعدالة تقتضي أن يقدر الظرف بقدره سواء كان المصاب فردا أو مجموعة من الأفراد، وهو غير عادل لأنه يحرم المدين المرهق الاستفادة من أحكام نظرية الظروف الطارئة بداعي عدم تعرض غيره للإصابة، وأساس النظرية يقتضي أن يحصر نطاق التطبيق على حدود العلاقة العقدية بغض النظر عن العلاقات الأخرى.¹

لكن هذا الرأي يمكن الرد عليه بأن الإرهاق الذي يتعرض إليه مدين بعينه يمكن أن يكون محلا لتطبيق أحكام قانونية أخرى منصوص عليها في القانون المدني، كإسعافه بالأجل القضائي "نظرة الميسرة" حتى يتسنى له تدبير أموره، وفي حالة استحالة تنفيذ التزامه يكون محلا لتطبيق نظرية القوة القاهرة، أو فسخ العقد بطلب المتعاقد الآخر، لكن هذه الحلول ليس في وسعها أن تحل محل نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن المالي للعقد، لذلك نرى وجوب إعادة تنظيم أحكام نظرية الظروف الطارئة بمفهومها التقليدي بتقسيم الظروف الطارئة إلى ظروف طارئة عامة تنطبق على مضمون المادة 3/107، وظروف طارئة خاصة تطبق على الحوادث الاستثنائية التي تصيب مدينا معيننا بالذات.

1 حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص58. و شارف بن يحي، المرجع السابق، ص 52-53.

أما التشريعات الحديثة فنجد منها من اكتفت بشرط استثنائية الظرف الطارئ دون إضافة وصف العمومية كالتشريع التونسي، الإنجليزي، الروسي، الفرنسي، البولوني، الإيطالي، اليوناني والأمريكي.¹

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القضاء الإداري وهو خالق نظرية الظروف الطارئة، لم يشترط لتطبيق هذه الأخيرة أن يكون الحادث أو الظرف الاستثنائي عاما.

3- أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع

يعد عدم توقع الحادث أو الظرف الطارئ المسوغ الرئيسي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وعليه بنيت هذه النظرية، لأن عدم توقع الحادث من طرف المتعاقدين هو الذي أدى بهما إلى التعاقد، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو الحل لإسعاف للمدين الذي فاجأته الظروف أثناء تنفيذه للعقد

ويخرج من ذلك الأمور التي من الممكن توقعها أثناء إبرام العقد كالارتفاع الطفيف في سعر سلعة ما خلال فترة زمنية ما، مثلا ارتفاع أسعار لوازم الأعراس كسعر الذهب خلال فصل الصيف، فهذه الحوادث أو الظروف لا يمكن أن تكون سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنه من المتوقع عادة أن تحدث.

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وليس شخصي، أي يخضع في تقديره للشخص العادي فيما إذا كان الحادث مما يمكن توقعه أم لا وليس لشخص المدين، كما أن تقدير توقع أو عدم توقع الحادث يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض متى أقام حكمه على أسباب كافية.²

4- أن يكون الحادث الطارئ من غير الممكن تفاديه أو دفعه

1 شارف بن يحي، المرجع السابق، ص 53.

2 جيلالي بن عيسى، "نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية"، المعيار، المجلد 9، العدد 2، جويلية 2018، مستغانم، ص 134.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عدم إمكانية درء الحادث الطارئ أو تجنبه، ويتحدد مفهوم القدرة على دفع الحادث الطارئ بمدى استطاعة المدين توقي هذا الظرف أو التقليل من آثاره وألا يقصر في دفعه والتحرز منه، وإلا تحمل وحده تبعة تقصيره، ومعنى ذلك أن يكون الحادث مما يعجز الإنسان عن دفعه بالوسائل العادية، فمثلا أسراب الطير عادة لا تعد ظروفًا طارئة وهي من الأمور المألوفة التي يمكن دفعها بالوسائل العادية التي جرى عليها عرف المزارعين، أما إذا زاد عدد الطير عن المألوف بحيث لا يمكن للمزارعين دفع أذاها فهنا يصبح خطر الطير ظرفًا طارئًا لأنه سيهلك غالبًا الثمار أو الحب.¹

5- أن تجعل هذه الظروف تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا

لا يكفي توافر الشروط السابقة لإعمال نظرية الظروف الطارئة بل يجب أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، دون أن يصل الأمر إلى حد الاستحالة المطلقة، وهذا هو الفرق الجوهرى بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة لأنه إذا كانت تجمع بينهما صفة المفاجأة، فإن القوة لقاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وبالتالي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وعدم استحقاق الدائن لأي تعويض طبقا للمادة 127 ق.م.ج التي تنص على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).

بينما يقتصر دور الظروف الطارئة على جعل التزام المدين مرهقا، ولذلك يكون الجزاء فيها رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والإرهاق الذي يعتد به هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل، وعليه يقدر الإرهاق في هذا الشأن بمعيار موضوعي، لا دخل للظروف الشخصية للمدين فيه، كما يتم تقديره بالنظر إلى الصفة التي أبرم العقد بشأنها فقط وليس للحالة المادية العامة للمدين، ونفس الشيء بالنسبة لتقدير

1 محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 315-316.

الخسارة، حيث يجب قياسها دون النظر مطلقا للحالة المادية للمدين الذي يمكن ألا تؤثر فيه تلك الظروف نظرا لحالته المادية الميسورة.¹

المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة

بعد أن تطرقنا للأحكام القانونية التي تنظم نظرية الظروف الطارئة، صار بوسعنا أن نبين دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة، وذلك من خلال دراسة سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة في المبحث الثاني.

إنه من الرائج أن نقول أن القاضي في خدمة العقد، بحيث إذا قام نزاع بين طرفي العقد يقع على عاتق القاضي استخلاص النية المشتركة لهما، وهذا معناه أن القاضي ليس له أن يفرض إرادته على إرادتي أطراف العقد.²

فدور القاضي في العقد ينحصر عادة على تفسيره وتكييفه، ويرجع ذلك لمبدأ "سلطان الإرادة"، الذي فحواه أن العقد نابع من إرادة أطرافه، فلهم الحق في الالتزام بما يشاءون ولا يحد من ذلك سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة، كما يحق لهم تحديد آثار العقود التي يلتزمون بها، ويترتب عن هذا المبدأ القاعدة الشهيرة في التعاقد وهي "العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليها في ق.م.ج في المادة 106، حيث جاء فيها: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)، وعليه فإن العقد هو قانون المتعاقدين، لا يجوز لأحد أطرافه تعديله أو إنهائه إلا بموافقة الطرف أو الأطراف الآخرين في العقد، وهذا هو الأصل في التعاقد، وعليه لا يجوز

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني -العقد والإرادة المنفردة-) ، المرجع السابق، ص 257-258.

² FARIDA HOCINE, "Une exception au principe Pacta Sunt Servenda : la théorie de l'imprévision", Revue sciences humaines, n°5, Algérie, juin 2019, P 26.

للقاضي التدخل في العقد بأي شكل من الأشكال لا بتعديله أو إنهائه لأنه ليس طرفا في العقد.

إلا أن الفقرة 3 المادة 107 من ق.م.ج.تورد استثناء بمقتضاه تخول القاضي التدخل في العقد في حالة الحوادث أو الظروف الاستثنائية، وتتص على أنه: (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

يتضح من المادة 107 من ق.م.ج. أنه يجوز للقاضي استثناء وخروجا عن القاعدة العامة أن يتدخل في العقد الذي اختل توازنه المالي جراء حوادث أو ظروف استثنائية، وذلك بهدف إعادة توازنه المالي عن طريق رد التزام الطرف المرهق إلى الحد المعقول.

وعليه سنتناول سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة من خلال دراسة الضوابط التي يجب على القاضي مراعاتها عند تعامله مع الظروف الطارئة في (المطلب الأول)، ثم مدى سلطة القاضي المدني عند معالجة أثر الظروف الطارئة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط التي يجب على القاضي التقيد بها في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لكي يتسنى للقاضي المدني القيام بدوره إزاء العقد الذي حلت عليه ظروف طارئة يجب عليه الالتزام بعدة ضوابط، تتمثل في التحقق من أثر الظروف الطارئة ومراعاة الظروف المحيطة بالقضية والموازنة بين مصلحة الطرفين، وتتنوع هذه الضوابط بين ضوابط خاصة بالظروف الطارئة (الفرع الأول)، وضوابط خاصة بالعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط الخاصة بالظروف الطارئة

تتمثل الضوابط المتعلقة بالظروف الطارئة في تحقق القاضي من أثر الظروف الطارئة والمتمثل في إرهاب المدين وتكبيده خسارة فادحة، وهي أول خطوة يقوم بها القاضي، حيث يعمل على التأكد من وجود الإرهاب بالنظر إلى الأدعاءات المتقابلة لأطراف العقد وطبيعتها، ومدى الكلفة التي يتحملها كل منهما لأدائه في الظروف العادية، ثم يقارن ذلك بما حصل للمتعاقد عند تنفيذه أدائه في ظل الظروف الطارئة، وعليه يصل إلى نتيجة حول مدى الإرهاب إذا كان يهدد بخسارة فادحة أم لا، وبعد تحققه من وجود الإرهاب والخسارة يجب عليه القيام بتحديد بداية الظروف الطارئة وحصر نطاقها الزمني، لأن ذلك أمر بالغ الأهمية في حساب قيمة الخسائر التي يتم توزيع عبئها على المتعاقدين، ويجب على القاضي التقيد بالنطاق الزمني الذي طرأت فيه الظروف الطارئة، وبعد ذلك يقوم بتحديد الخسائر.¹

ويعد تحديد قيمة الخسائر جوهر عمل القاضي، لذلك يجب عليه تبيان الأساس الذي بناء عليه يقوم بتحديد الخسائر، ثم يقوم بتحديد لها، وسنحاول توضيح ذلك كالاتي:

أولاً: أساس تحديد الخسائر

لتحديد فداحة الخسائر التي أنتجتها الظروف الطارئة يجب على القاضي أن يضع سعراً يحدد على ضوءه وجود الخسارة من عدمها، ويسمى هذا السعر بالسعر الأساسي أو سعر الأساس، والأصل أن يحدد هذا الأخير بالسعر السائد في السوق، وهذا أمر منطقي لأن السوق هو الميدان الذي يتعامل فيه الناس، وفيه يتم تحديد الأسعار وقيمة الربح والخسارة طبقاً للعرض والطلب الذين يتأثران بزمان ومكان المعاملة، وعليه يتم ارتفاع الثمن أو انخفاضه، كما أن سعر السوق هو الذي يحدد ما إذا كان هناك ظرف طارئ أم لا، والغالب أن يتفق المتعاقدان على اعتماد سعر السوق لحل المشكلات التي ستثور بينهما مستقبلاً، أما إذا اتفقا على سعر مغاير لسعر السوق فإن ذلك يكون بمثابة اتفاق خاص

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 423.

بينهما لا يقيد القاضي، وعليه يعتمد على سعر السوق لأن الظروف الطارئة كما أسلفنا هي ظروف عامة ويتم تقديرها بناء على معايير موضوعية.¹

ثانيا: كيفية تحديد الخسائر

إن تحديد درجة الإرهاق من الأمور التي تثير خلطا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد انتهى غالبية الفقه إلى أن معيار تحديد الإرهاق معيار موضوعي لا ينظر فيه إلا إلى الصفقة التي أبرم من أجلها العقد، وكذلك تحديد حجم الخسارة الفادحة يجب أن يكون بالنظر إلى اقتصاديات العقد فقط،² وليس للحالة المالية للمتعاقد الذي يمكن أن يكون ميسور الحال فلا يتأثر بالظروف الطارئة.

والمشرع لم يضع نصا خاصا يحدد طريقة حساب حجم الخسائر وترك هذه العملية لتقدير القاضي، إذا فهي عملية فنية تخضع للاجتهاد الشخصي للقاضي لمعالجة كل حالة بذاتها، ونحن من وجهة نظرنا نرى وجوب تقيد القاضي في تقدير حجم الخسائر بالمجال الزمني للظروف الطارئة فلا يدخل ضمنها لا الخسائر السابقة لوقوع الظروف الطارئة ولا الخسائر اللاحقة على وقوعها، كما أنه يلتزم في حساب حجم الخسائر بالصفقة محل العقد فلا ينظر مطلقا للحالة المادية للمدين.

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بالعقد

بالرغم من السلطات التي منحها المشرع للقاضي المدني في رد التزام المدين المرهق بمناسبة تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة إلا أنه يخضع لدى ممارسته لهذه السلطة لعدة ضوابط يجب عليه أن التقيد بها في سبيل رد الالتزام المرهق عن المدين، والغرض من ذلك عدم ترك أمر رد الالتزام المرهق لأهواء لقضاة.

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 424-426.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 245.

ويتفق الفقه على أنه يجب عليه التقيد بضابطين أساسيين وهما مراعاة ظروف القضية، والموازنة بين مصلحة الطرفين، وهو ما يتفق مع ما جاء في المادة 3/107 من ق.م.ج (.....جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين.....).

وعليه سنتناول (أولا) مراعاة الظروف المحيطة بالقضية، ثم (ثانيا) الموازنة بين مصلحة الطرفين.

أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية

يجب على القاضي وهو بصدد معالجة أثر الظروف الطارئة أن يراعي ظروف وأحوال كل قضية على حدى وأن يدرس كل الجوانب المتعلقة بها وأن يلم بكل حيثياتها لكي يصل إلى الحل المناسب لرد التزام المدين المرهق، فما يصلح لقضية ما لا يمكن إسقاطه على قضية أخرى، لأن ظروف وملابسات كل قضية تختلف باختلاف الظروف المحيطة بها كنوع العقد و نوع الظرف الطارئ ومدته وحجم الخسارة الناتجة عنه، ... وغيرها من الظروف.

وعليه فلا يمكن للقاضي أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا تبين له من الظروف المحيطة بالقضية أن الحادث الاستثنائي هو حادث وقتي يقدر زواله في وقت قصير، فهنا ظروف القضية لا تستدعي تعديلا في مضمون العقد، وإنما تتطلب تأجيلا في تنفيذه.¹

كما يجب على القاضي أن يتقيد بحدود العقد الذي مسته الظروف الطارئة على ضوء اعتبارات موضوعية، ولا يأخذ في اعتباره العناصر الذاتية للصيقة بشخص المتعاقد و يتعدى إلى البحث عن الحالة المادية للمدين، الذي يمكن أن يكون ميسور الحال فلا ترهقه الظروف الاستثنائية التي حلت بالعقد، وإنما عليه تقدير أثر الظروف الطارئة على العقد

¹ جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1983، ص 138.

نفسه، والبحث إن كان من شأن الظروف الطارئة حسب السير العادي للأمر أن ترهق تنفيذ التزام المدين في العقد.¹

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين

من المقرر فقها وقضاء أن نظرية الظروف الطارئة لا تعني رفع الإرهاق كله عن كاهل المدين والإلقاء به على عاتق الدائن، ومن ثم ينبغي على القاضي توخي الدقة في توزيع العبء الناتج عن ظرف الطارئ بين المتعاقدين، وأن يجري موازنة بينهما، فإذا رأى ضرورة زيادة التزام الدائن فلا ينبغي أن يبالغ في هذه الزيادة إلى الحد الذي يزيل كل أثر الإرهاق الذي أصاب المدين،² لأن العبرة في نظرية الظروف الطارئة هو رد التزام المدين المرهق إلى حد معقول فقط وليس رفعه مطلقا، وضابط المعقولة تتضح أهميته في تقييد سلطة القاضي في توزيع عبء الخسارة الناتجة عن الظروف الطارئة على طرفي العقد.³

كما أنه من المبادئ التعاقدية هناك ما يعرف بمبدأ التزام الأطراف بالتعاون، عندما تقتضي الضرورة تنفيذ العقد، وتعني الضرورة أن الأمر لا يتعلق بواجب عام يطبق على جميع العقود،⁴ وإنما يلتزم المتعاقدان بالتعاون تحقيقا لمصلحة مشتركة كلما اقتضت ظروف العقد ذلك.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي عند معالجة أثر الظروف الطارئة

لدراسة سلطة القاضي عند معالجة أثر الظروف الطارئة سنتناول وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة في (الفرع الأول)، ثم طبيعة سلطة القاضي المدني في إعمال نظرية الظروف الطارئة في (الفرع الثاني).

¹ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، 2002، المرجع السابق، ص 268.

² جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 138-139.

³ جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 136.

⁴ جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)"، المرجع السابق، ص 230.

الفرع الأول: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة

لم تتفق التشريعات التي تضمن قانونها المدني تطبيق نظرية الظروف الطارئة على وسيلة واحدة لرد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، فمنها من منحت القاضي سلطات واسعة من حيث تعديل العقد وحتى فسخه، ومنها من حصرت مجال تدخله في تعديل العقد فقط.

فالمادة 269 من قانون الالتزامات البولوني قد منحت القاضي سلطات واسعة وذلك بنصها: (إذا طرأت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد)¹، وعليه تكون قد نصت على ثلاثة وسائل متنوعة لرد التزام المدين المرهق بفعل الظروف الطارئة، وهي:

- تعيين طريقة تنفيذ الالتزام، وتقضي أن يقوم القاضي بتحديد الطريقة المناسبة لتنفيذ الالتزام حيث تتلاءم مع الظروف الحاصلة و تخفف على المدين الإرهاق والخسارة الناتجين عن الظروف الطارئة كتأجيل تنفيذ الالتزام إلى تاريخ معين.
- تحديد مقدار الالتزام، وفيها يقوم القاضي بتحديد مقدار التزام طرفي العقد وهذه الوسيلة تتضمن إنقاص الالتزام أو زيادته.
- القضاء بالفسخ، وهو إعدام العقد وإزالته ويعد أخطر وسيلة في يد القاضي، وهذه الوسيلة من وجهة نظرنا لا تعمل بتاتا على إعادة التوازن المالي للعقد الذي ترمي إليه نظرية الظروف الطارئة، لأن القصد من نظرية الظروف الطارئة في الأصل هو الحفاظ على وجود العقد بتقسيم أعباء الظروف الطارئة على طرفيه، ومن المرجح أن يعود سبب منح القاضي البولوني سلطة فسخ العقد إلى عدم اشتراط المشرع البولوني

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون-، المرجع السابق، ص 523.

لشروط العمومية في الظروف الاستثنائية أي أن يجوز فسخ العقد المختل بفعل الظروف الطارئة الخاصة بالمدين.

أما القانون الإيطالي فتتص مادته 1467 على أنه: (في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على إثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد الآخر أن يدرك طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع روح العدالة)¹، يتضح أن وسيلتي درء الظروف الطارئة في القانون الإيطالي هما الفسخ وتعديل شروط العقد، ويلاحظ أن المشرع الإيطالي قد قدم الفسخ على التعديل الذي لا يستعمله القاضي إلا بناء على طلب المتعاقد الآخر بشرط أن يتفق هذا التعديل مع روح العدالة.

وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فنجد المادة 1195 منه تنص على أنه: (إذا طرأت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، جعلت من تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد أطراف العقد الذي لم يقبل تحمل الخسارة، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض، على أن يواصل تنفيذ التزاماته أثناء المفاوضات. في حالة رفض أو فشل إعادة المفاوضات، يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ أو الشروط التي يحددها، أو توجيه طلب مشترك للقاضي لتعديله. إذا تم الاتفاق على أجل معقول يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ أو بالشروط التي يحددها).²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام -العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون-، المرجع السابق، ص 523.

² Art 1195: (Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux

وعليه فإن المشرع الفرنسي قبل أن يسند إلى القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة، قد ترك المجال أولاً لطرفيه في إعادة التفاوض، فإذا رفض الطرف الآخر التفاوض أو فشلت المفاوضات، جاز لطرفي العقد الاتفاق على فسخ العقد في تاريخ وشروط يحددهما، ولهما أيضاً في سبيل المحافظة على العقد أن يقدموا طلباً مشتركاً للقاضي المدني، لكن المشرع الفرنسي لم يحدد وسائل إعادة التوازن المالي للعقد من طرف القاضي الفرنسي، وإنما نص على أن تعديل العقد أو إنهائه بالشروط التي يحددها، وهذا يشكل نوعاً من الغموض الذي يفهم منه ترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف .

وبالحديث عن شرط أو بند إعادة التفاوض إذا طرأت ظروف جديدة على العقد فهو أمر شائع في العقود الدولية، والهدف منه الحد من صرامة القوة الملزمة للعقد، ويعبر عن هذا الشرط أو البند بالمصطلح الانجليزي **HARDSHIP**¹ الذي يهدف إلى حماية المتعاقدين من الظروف غير العادلة، وأحياناً يعبر عنه بالشرط المحفوظ أو شرط عدم التبصر، هذا الأخير يهدف إلى التصدي لأي ظرف قد يخل بالتوازن العقدي،² وهو يختلف عن إعادة التفاوض المنصوص عليه في القانون الفرنسي، لأن هذا الأخير من نص القانون وليس من اتفاق الأطراف، وإن كان هدفهما واحد وهو إعطاء الأطراف فرصة تعديل العقد بأنفسهم، والحفاظ على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وعدم الالتجاء للقضاء.

وبالنسبة للتشريعات العربية فإن المبدأ في معالجة أثر الظروف الطارئة هو تعديل العقد الذي يرادف لفظ "رد"، ويعني إعادة الوضع إلى ما كان عليه، أي إعادة الوضع

conditions qu'il fixe), Code civile Français, Modifiée par l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 –art.2

1 Clause Hardship : يقصد بهذا المصطلح أنه في العقود المستمرة لعدة سنوات أو مدة زمنية غير محددة، يتم إدراج شرط في العقد، يسمح لكلا المتعاقدين بطلب إعادة التفاوض عندما يطرأ ظرف ذو طبيعة اقتصادية أو تكنولوجية يخل كثيراً بالتوازن العقدي، وبطريقة ما يفهم منه في العقود التجارية، الظروف الطارئة المطبقة منذ سنين في القانون العام، أنظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.dictionnaire-juridique.com> , consulté le 01/04/2021 à 16.35.

2 Farida Hocine, Op-Cit , P 29.

المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها العقد قبل حدوث الظروف الطارئة، وهذا بما يحقق التوازن بين مصلحة الطرفين المتعاقدين في هذه الظروف الجديدة قياسا على ما كانت عليه في ظل الظروف القديمة عند إبرام العقد، وبالتالي هو يفيد التعديل بمفهومه الواسع،¹ وقد منح المشرع العربي القاضي سلطة تعديل العقد دون الفسخ، حيث يعمل على الإبقاء على العقد وتوزيع تبعات الحادث الاستثنائي بين أطراف العقد لا أن يتحملها المدين وحده.²

والمشرع المدني الجزائري كسائر القوانين الأخرى التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة فإنه يفترض أن تغير الظروف الاقتصادية عند تنفيذ العقد، بسبب حادث استثنائي غير متوقع لا يمكن درؤه، يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، لذلك أجاز للقاضي التدخل لتخفيف عبء الالتزام عن هذا المدين، وذلك بتوزيع تبعات الحادث الطارئ على الطرفين،³ وهذا بغية إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل هذه الظروف الطارئة.

إلا أن المشرع المدني الجزائري لم يحدد وسائل رد الالتزام المرهق التي بموجبها يتدخل القاضي المدني لمواجهة الظروف الطارئة ورد التزام المدين إلى الحد المعقول، كما أنه لم يحدد معيارا معينا لتقدير هذا الحد المعقول، وبذلك منح القاضي سلطة تقديرية مرنة في اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا بالرجوع إلى حيثيات كل قضية على حدى، وقد سار على نهج التشريعات العربية الأخرى حيث أنه أجاز للقاضي تعديل العقد لرد التزام المدين المرهق واستبعد إنهاءه بفسخه،⁴ لأن إنهاء القاضي للعقد لا يكون إلا بناء على طلب المتعاقدين، كطلب فسخه بسبب إخلال المدين بالتزامه العقدي.⁵

¹ خليل درش، "سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية"، القانون الدولي والتنمية، المجلد 6، العدد 2، مارس 2019، ص 251.

² جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 130-131.

³ عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص 277.

⁴ حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 63.

⁵ فطيمة الزهراء مصدق، التوازن المالي للعقد ضرورة تفرض نفسها على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مجلة الاجتهاد

القضائي، مج 13، ع2، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021/10/31، ص 589.

وبحسب الفقه فإنه يجوز للقاضي رد التزام المدين المرهق بتعديله لهذا الالتزام وفقا لأربعة وسائل، هي إنقاص التزام المدين (أولا)، زيادة الالتزام المقابل (ثانيا)، منح المدين أجلا لوقف تنفيذ العقد (ثالثا)، منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه (رابعا)، نتناولها تباعا:

أولا: إنقاص التزام المدين

يعد إنقاص التزام المدين الوسيلة المنطقية والعادية لرد التزام المدين المرهق بفعل الظروف الطارئة،¹ وهو أكثر طريقة عملية يظهر فيها تخفيف عبء الخسارة عنه، وإنقاص الالتزامات في العقد لصالح الطرف المضرور فيه أي لصالح المدين ليست بالوسيلة الجديدة في القانون المدني، وليست محصورة فقط في نظرية الظروف الطارئة، بل هي معروفة في نظرية الاستغلال أيضا، حيث أجاز المشرع المدني للقاضي أن يرفع الغبن عن الطرف المُستغل بإنقاص التزاماته طبقا للمادة 90 ق.م.ج السالفة الذكر.

وهي الوسيلة الوحيدة التي يمكن إعمالها في مجال العقود الملزمة لجانب واحد، لأنه لا يمكن زيادة التزام الطرف الآخر لعدم وجود التزام مقابل لذلك.²

ويمكن إنقاص التزام المدين المرهق بفعل الظروف الطارئة بطريقتين إما بإنقاصه من حيث الكم أو إنقاصه من حيث الكيف، فمن أمثلة إنقاص الالتزام من حيث الكم حكم القاضي بتخفيض كمية البضاعة المتفق عليها في العقد نظرا لندرتها بفعل الحرب مثلا، أما من حيث الكيف حكم القاضي على المدين بتوريد بضاعة أقل جودة من البضاعة المتفق عليها في العقد،³ وكذلك قد يأخذ إنقاص التزام المدين صورا أخرى كإنقاص الثمن أو تقسيطه أو إنقاص الفوائد أو رفعها كلية.⁴

¹ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 264، و يسين سعدون، المرجع السابق، ص 357.

² خليل درش، المرجع السابق، ص 252.

³ يسين سعدون، المرجع السابق، ص 357.

⁴ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 265.

وبما أن المشرع لم يعين للقاضي الحالات التي يجوز له فيها الحكم بإنقاص الالتزام، ولم يرسم له حدودا لإنقاص هذا الالتزام، وكما أنه كما سبق لنا القول لم يضع له أي معيار يحدد على ضوءه معنى رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وبذلك يرجع للقاضي أن يستخدم سلطته التقديرية في تحديد الحالات التي تستوجب الحكم بإنقاص الالتزام، كما يعود له تحديد مدى هذا الإنقاص ليصل إلى درجة المعقول ويتم رد الالتزام المرهق للمدين، وفي ذلك هو لا يستعين بأي نص قانوني، أو معيار أو حدود، بل يقوم بذلك وفقا لما يمليه عليه ضميره، وقواعد العدالة والمساواة التي تمثل أساس نظرية الظروف الطارئة، وظروف كل قضية على حدى، لأن ما يصدق على قضية ما قد لا يصدق بالضرورة على قضية أخرى.

كما أن نوع الظروف الطارئة يلعب دورا هاما في اختيار وسيلة إنقاص الالتزامات لرد الالتزام المرهق للمدين، وعليه فما يصدق على ظروف طارئة معينة قد لا يصدق على ظروف أخرى، كما أن نفس نوع الظروف الطارئة قد يسمح أحيانا بإنقاص التزامات المدين، وقد لا يسمح به أحيانا أخرى، فمثلا في الحرب إذا تسبب ذلك في رفع أسعار المواد الأولية وكان كل من الدائن والمدين شخصين طبيعيين وكانت ذمتها المالية قد تضررت جراء الحرب، فليس من العدل أن يصدر حكم بزيادة أعباء الدائن بإلزامه بزيادة في الأسعار، بل هنا يكون من العدل الحكم بإنقاص التزامات المدين بأن يورد كمية أقل من المتفق عليها، وفي نفس المثال نفترض أن الدائن شخص معنوي عام والمدين شخص طبيعي، وكان في إمكانه تزويد الدائن بالمواد الأولية المتفق عليها لأنه قد سبق له أن طلبها لكن ظروف الحرب أدت إلى زيادة سعرها قبل أن تصل إلى حيازته، ما أصبح يتهدهده بخسارة فادحة نتيجة الفرق بين السعر المتفق عليه مع الدائن والسعر الجديد، فهنا القاضي لا يمكنه الحكم بإنقاص التزامات المدين لأن كمية المواد الأولية المتفق عليها قد وصلت إلى حيازته، فمن العدل أن يحكم بزيادة التزام الدائن لأن مقدار هذه الزيادة لن يؤثر في ذمته المالية كثيرا كما يحدث مع الشخص الطبيعي.

وقد تبنى المشرع الفرنسي وسيلة إنقاص الالتزام المرهق كأداة من أدوات رد الالتزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول بموجب قوانين خاصة، نذكر منها على سبيل المثال قانون 18 أبريل 1933، الذي منح المحاكم سلطة تخفيض أجرة الأراضي الزراعية و

أجرة المباني المعدة للاستعمال التجاري والصناعي، ويعد من هذه القوانين الأمر الصادر في 12 يوليو 1935 والصادر في 8 أوت 1935 اللذان انتقضا حقوق كل دائن بمبلغ من النقود بنسبة 100/10 الأمر الذي قاد إلى إنقاص الإيجارات و فوائد الديون ومرتببات الموظفين وأجور العمال وغيرها بنفس النسبة.¹

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل

تثير مسألة زيادة الالتزامات العقدية من طرف القاضي، قاعدة MOTU PROPRIO وهي تصرف تشريعي ظهر في القرن 14 ينبثق عن إرادة البابا LE PAPE نفسه،² وهذه القاعدة لها استخدام مبتكر في القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 1195 التي فتحت الباب صراحة أمام القاضي لزيادة التزامات العقد لتحقيق التوازن المالي للعقد.³

وفي نفس السياق أثار POTHIER بصدد مسألة تفسير العقد أنه يمكن للقاضي أن يضيف إلى العقد التزامات لم يفكر بها المتعاقدان، أو حتى استبعادها ضمناً.⁴

ويعد الحكم بزيادة الالتزام المقابل الوسيلة الثانية لرد الالتزام المرهق عن المدين، ويتمثل في زيادة أعباء الطرف الثاني في العقد أي الدائن، مع الإبقاء على التزامات المدين كما هي، ويلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة إذا رأى أنه لا يمكن إنقاص التزام المدين، أو أن وسيلة إنقاص التزام المدين لا تجدي نفعا في رد التزامه المرهق.

ويرى بعض الفقه إمكانية رد التزام المدين المرهق إلى حد معقول عن طريق زيادة التزامات الدائن،⁵ ويتمثل توزيع الأعباء الناتجة عن الظروف الطارئة بهذه الوسيلة في زيادة التزامات الدائن التي تمثل بدورها تخفيفاً لأعباء المدين بشرط عدم رفعها كلية عنه، لأنها لو قامت بذلك فسوف تخرج عن الغرض الذي أنشأت من أجله، ذلك أن هدف أعمال نظرية

¹ يسين سعدون، المرجع السابق، ص358.

² <https://www.larousse.fr>, consulté le 02/04/2021 à 15.22.

³ MARIGNOL LUDOVIC, Op-Cit, P 353.

⁴ MARIGNOL LUDOVIC, Op-Cit, P 353.

⁵ يسين سعدون، المرجع السابق، ص 359.

الظروف الطارئة هو تقسيم الأعباء المالية الجديدة على كلا المتعاقدين، وليس إعفاء أحدهما وصبها على المتعاقد الآخر.

والأصل هو عدم جواز زيادة التزام الدائن في النظرية العامة للعقد عموماً، لأن هذا الدائن لم يكن له دخل في حدوث الظروف الطارئة من جهة، ومن جهة أخرى لأن هذا يخالف مقتضيات العقد ويمس بـ"قاعدة العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك أسوة بنظرية الاستغلال باعتبارها نظرية لنظرية الظروف الطارئة كسببين لاختلال التوازن المالي للعقد، حيث أن مجال الأولى هو مرحلة تكوين العقد بينما مجال الثانية هو مرحلة تنفيذ العقد، حيث تجيز نظرية الاستغلال في سبيل سعيها لإعادة التوازن المالي للعقد بفعل الاستغلال إنقاص التزامات الطرف المُستغل فقط، بينما زيادة التزامات الطرف الآخر فلا يمكن للقاضي أن يحكم بها إلا في حالة واحدة، وهي عرض هذا الأخير لما يراه مناسباً لرفع حالة الغبن عن الطرف المُستغل وذلك تفادياً لإبطال العقد.

وفي التشريع المدني الجزائري يرى البعض أن نص المادة 3/107 من ق.م.ج يقتصر على إنقاص التزامات المدين فقط، وحجتهم في ذلك أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح *réduire* باللغة الفرنسية الذي معناه "ينقص" للتعبير عن "رد الالتزام المرهق"، كما أنه نص في المادة 561 من نفس القانون وهو بصدد تنظيم عقد المقايضة، على زيادة الأجرة وهي زيادة التزام الدائن، لأنه لو كان المقصود بـ "رد الالتزام" أنه يشمل زيادته لما نص المشرع على المادة 3/561 التي تتضمن حلاً استثنائياً.¹

ونحن من وجهة نظرنا فإننا نؤيد الرأي القائل بشمول سلطة القاضي أثناء إعماله لنظرية الظروف الطارئة لزيادة الالتزام المرهق، لأن مصطلح "رد" يشمل كل الوسائل المتاحة لإعادة التوازن المالي للعقد بما فيها زيادة التزام الدائن، والتي تضمن للمدين تنفيذ التزامه الذي أصبح معسراً بسبب الظروف الطارئة التي اعترت العقد أثناء تنفيذه، وأن زيادة الأجرة الوارد في المادة 3/561 من ق.م.ج لا ينفي هذه الحقيقة، وإنما يدعم وجودها صراحة.

¹ أحمد مروك، المرجع السابق، ص 73-74.

ویدعمنا في ذلك قرار المحكمة العليا رقم 1027521 الصادر في 2016/12/15 الذي جاء فيه: (وحيث أنه إذا كان الزلزال الذي وقع بتاريخ 21/05/2003 قد أدى إلى تعديل أحكام قانون 29-90 وإلى تعديل مخطط المشروع مما أدى إلى زيادة في تكلفة المشروع. وحيث أنه ولكي يسمح لقضاة الموضوع بتعديل أحكام العقد المبرم بين الطرفين، من أن بينوا و أن هذا الحادث يجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمدين بحيث يحدده بخسارة فادحة غير مألوفة، أمكن لهم تعديل الالتزام بالزيادة في ثمن الشقة).¹

وفي هذا السياق نتساءل حول حق الدائن في رفض زيادة التزاماته أو تصريحه عدم قدرته على تنفيذ الالتزام الجديد بعد زيادته، فما هو مصير العقد في هذه الحالة؟ وهل يستطيع القاضي إجبار الدائن على تنفيذ التزامه؟

طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يمكن أن تفرض على طرفي العقد التزامات من أجنبي عن العقد بما في ذلك القاضي، لكن استثناء ولأجل إعادة التوازن المالي للعقد فإنه إعمالا لنظرية الظروف الطارئة، فالدائن مجبر على تنفيذ التزامه بعد زيادته من طرف القضاء، لأن هذه الزيادة لا تعد عقوبة له وإنما هي مجرد وسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد والحفاظ عليه ووقيته من الفسخ.

ثالثا: منح المدين أجلا لوقف تنفيذ العقد

عرف الفقه وقف العقد بصفة عامة بأنه: "مرحلة وسط بين تنفيذه وإنهائه، بمعنى أن العقد في مرحلة الوقف يكون موجودا، ولكن تنفيذه فقط هو الذي توقف مؤقتا لوجود سبب معين قانوني أو واقعي ، ثم يستأنف العقد سيره بعد انتهاء مدة الوقف".²

وعرفه الدكتور حسام الدين الأهواني بأنه: "انقضاء مؤقت لا رجعة فيه لالتزامات رئيسية، بسبب استحالة تنفيذ مؤقتة، دون أن يؤثر ذلك على وجود واستمرار الرابطة العقدية".¹

¹ <http://www.coursupreme.dz>, consulté le 20/10/2021, à 17.00.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 265.

وعليه فإن وقف العقد هو حل وقتي لمواجهة ظروف طارئة مؤقتة، عندما يقدر القاضي أنه الحل لرد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، و ليس من شأنه التأثير على وجود العقد، ولكنه يؤثر على تنفيذه فقط، حيث يقوم القاضي بتحديد مدة معينة يوقف خلالها تنفيذ العقد، وبعد انقضائها مباشرة يستأنف تنفيذ العقد، وتقدر هذه المدة بناء على زمن الظروف الاستثنائية التي يمر بها العقد.

ويتمثل الغرض من وقف تنفيذ العقد في المحافظة على العقد، والحرص التام على استمرار العلاقة التعاقدية، وتجنب فسخ العقود عندما تكون استحالة التنفيذ مؤقتة ومقدر لها الزوال، لأن الفسخ هو إجراء خطير يؤدي إلى زعزعة العلاقات الاجتماعية التي كان يعيشها المتعاقدون، وكذلك تجنب اللجوء إلى نظام الانفساخ الذي يؤدي هو الآخر إلى القضاء على العلاقات التعاقدية.²

وبما أن القانون لم ينص على منع منح أجل للمدين المعسر بفعل الظروف الطارئة، وعليه فلا يوجد ما يمنع من إفادته بأجل قضائي حتى تزول الظروف الطارئة التي أثرت على قدرته على تنفيذ التزامه وأدت إلى إفساده، فإذا رأى القاضي أن الظروف الاستثنائية التي يمر بها العقد والتي أدت إلى اختلال توازنه المالي ترجع إلى أسباب مؤقتة يقدر لها الزوال قريباً، وأن رد الالتزام المرهق للمدين يمكن معالجته بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً، فإن بإمكانه الحكم بالوقف المؤقت للعقد شريطة أن لا يتسبب ذلك بإضرار المتعاقد الآخر.

وقد أقرت المحكمة العليا بالجزائر منح المدين المعسر أجلاً لتنفيذ التزامه كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة في قرارها رقم 212782، المؤرخ في 2000/01/12، حيث جاء فيه: "إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على ظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي

¹ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 265-266.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص 266.

ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً".¹

وحسب رأينا فإن الوقف المؤقت لتنفيذ الالتزام يعد نوعاً من نظرة الميسرة أو الأجل القضائي الذي أجاز المشرع المدني منحه للمدين أثناء تنفيذ العقد، لتمكينه من تجاوز إرهاقه وتنفيذ التزامه على الوجه الذي تم الاتفاق عليه، وهذا ينطبق على الظروف الطارئة التي يتيح زوالها تيسير أوضاع المدين وقدرته على تنفيذ التزامه، حيث أن إسعاف المدين بأجل قضائي يوقف تنفيذ العقد بموجبه إلى غاية زوال الظروف الطارئة، سوف يتيح له تنفيذ التزامه الذي سوف يصبح غير مرهق بزوالها.

والمشرع المدني الجزائري قد نص على جواز منح القاضي أجلاً قضائياً للمدين أثناء تنفيذ العقد على أن يراعي في ذلك موارده وما يقوم به الرجل الحريص من بذل عناية في سبيل الوفاء بالتزامه،² في المادة 210 ق.م.ج التي جاء فيها: (إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين له القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)،

كما نص في الفقرة 2 من المادة 281 ق.م.ج على أنه: (غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها).

ويرى الفقه أن إسعاف المدين بنظرة الميسرة يكون بسبب ظروف خاصة بالمدين تتعلق به وحده، بينما تطبيق الوقف المؤقت للعقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة يكون لأسباب عامة،³ لأنه كما سبق القول يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم الملف 212782 بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 1، 2002، ص 114، نقلاً عن: أحمد مروك، المرجع السابق، ص 75.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، ط جديدة مزيّدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 210.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 448، و فائزة طيب، المرجع السابق، ص 259.

الحادث الاستثنائي عاما وليس خاصا بالمدين، إلا أننا نرى من المادتين أعلاه أنهما لم تتضمننا قط على ما يفيد اشتراط المشرع لمنح أجل قضائي للمدين أن يمر هذا الأخير بظروف خاصة، حيث أن المادة 210 ق.م.ج جاء فيها أن المدين لا يقوم بوفاء التزامه إلا عند المقدرة أو الميسرة، وهذه الأسباب يمكن أن ترجع إلى ظروف خاصة بالمدين وحده أو لظروف عامة، كما أن المادة 281 ق.م.ج لم تحدد الظروف الاقتصادية التي يمر بها المدين في ظروف عامة أو خاصة، وعليه يمكن أن يمنح القاضي أجلا لكل مدين يمر بظروف أدت إلى إعساره سواء كانت ظروفًا خاصة أو عامة، وعليه يمكننا القول أن الوقف المؤقت لتنفيذ العقد هو نظرة ميسرة إلا أن هذا الأجل غير محدد بسنة واحدة كما نصت المادة 281 ق.م.ج، وإنما تحديده يعود للسلطة التقديرية للقاضي ويجب ألا يتجاوز ميعاد زوال الظروف الطارئة.

ويقابل الأجل القضائي الذي يجوز للقاضي منحه للمدين بصدد دعوى فسخ العقد والمنصوص عليه في المادة 119 ق.م.ج التي تنص على أنه: (وبجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات).

لكنه يختلف عنه من حيث أنه يتم منحه للمدين أثناء تنفيذ العقد، كما أنه يهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد بمنح أجل للمدين الذي أصبح التزامه مرهقا، ويؤدي إلى وقف تنفيذ العقد خلال الأجل الممنوح له على أن يتم استئناف التنفيذ بعد زوال الظروف الطارئة، بخلاف الأجل الثاني الذي يمنحه القاضي للمدين قصد انقضاء دعوى فسخ العقد من خلال إعطائه فرصة لتنفيذ التزامه خلال مدة يعينها، كما أنه يختلف عنه من حيث كونه محددا بسنة واحدة طبقا للمادة 281 ق.م.ج بخلاف الأجل المنصوص عنه في المادة 119 ق.م.ج التي لم تحدده بمدة معينة، مما يجعل هذه المدة خاضعة في تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي المدني، الذي يراعي في منحها وتقدير أجلها فك الضائقة المالية للمدين ومراعاة عدم إضرار الدائن جراء إسعاف مدينه بهذا الأجل.

ومما سبق نستنتج أنه لإفادة المدين بأجل أو مهلة قضائية لوقف تنفيذ العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة، يجب على القاضي أن يراعي توافر بعض الشروط، يمكن أن نجملها فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الظروف الطارئة مؤقتة ومقدر لها الزوال قريباً

الظروف الطارئة المؤقتة هي وحدها التي تجيز للقاضي أن يقضي بوقف العقد، ويجب أن تكون هذه الظروف مقدراً لها الزوال في وقت قصير معروف مقداره أي معروف متى تنتهي هذه الظروف الطارئة، كارتفاع مؤقت في أسعار مواد البناء نتيجة تجميد الاستيراد بسبب الغلق المؤقت لحدود الدولة، مما يترتب عنه جعل تنفيذ التزام المقاول عسيراً ما يتهدهد بخسارة فادحة إن قام بتنفيذ التزامه وفقاً للأسعار الجديدة، فهنا القاضي يجوز له وفقاً لسلطته التقديرية أن يقضي بوقف تنفيذ العقد.

بينما إذا كانت الظروف الطارئة قد حصلت وانتهى أثرها فإن القاضي ليس له أن يوقف تنفيذ العقد، لأن الغاية من وقف تنفيذ العقد منعدمة، كذلك إذا كانت الظروف الطارئة مستمرة وكذلك إذا كان موعد زوالها غير معلوم أو كان مقدراً لها أن تدوم مدة زمنية طويلة، فلا يجوز للقاضي القضاء بوقف تنفيذ العقد، لأن ذلك سيؤثر على مصلحة الدائن، ولكن يجوز للقاضي استخدام الوسائل المتاحة الأخرى فله إنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات الدائن حسب ما يراه مناسباً.

وبالنسبة للحد الأقصى لأجل وقف تنفيذ العقد والذي كما قلنا سابقاً يرتبط بمدة الظروف الطارئة، فهو يخضع تماماً للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يحدده حسب ظروف وملابسات كل قضية، ولا يوجد معيار يستند إليه أو قيد يقيد به، عدا وجوب مراعاته لمصلحة الدائن وعدم الإضرار به.

وبما أن المشرع لم يحدد زمن الظروف الطارئة المؤقتة بمدة معينة، فإن تقدير هذه المدة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المدني الذي يؤول إليه تحديد معنى مقدر لها الزوال قريباً، بناء على نوع الظروف الطارئة، فإذا كانت كارثة طبيعية فيحسب الأجل الأقصى لانتهائها بناء على تقارير الخبراء من الأرصاد الجوية والتقارير الرسمية لوزارة الداخلية، أما

إذا كانت من فعل الإنسان كمرسوم أو قرار صادر عن الحكومة يقضي بوقف الاستيراد لمدة معينة فيرجع إلى المرسوم أو القرار لتحديد مدة الظروف الطارئة، وبناء عليها يتحدد الأجل القضائي الممنوح للمدين المرهق جراء الظروف الطارئة.

وفي تقديره لمدة الأجل القضائي يسترشد القاضي في ذلك بالعديد من المعطيات كمحل الالتزام ومضمون العقد إن كان يتحمل وقف تنفيذه أم لا، لأن بعض العقود لا يمكن وقف تنفيذها، كتلك العقود التي يكون محلها شيئاً سريع التلف، وهذا النوع من العقود يمكن رد الإرهاق الذي يتعرض إليه المدين بالوسائل الأخرى التي ذكرناها آنفاً.

كما يراعي القاضي في تحديده للأجل القاضي عدم تشكيل هذا الأجل الذي من شأنه أن يوقف تنفيذ الالتزام أي ضرر على الدائن، لأن أساس العقد هو العدل والمساواة بين أطرافه، ولا يجوز للقاضي في سبيل رد الإرهاق عن أحد المتعاقدين أن يقوم بإجراء قد يؤدي إلى إضرار الطرف الآخر في العقد.

الشرط الثاني: أن يكون في وسع المدين تنفيذ الالتزام بعد انقضاء الظروف الطارئة

يجب قبل القضاء بوقف تنفيذ العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة أن يتأكد القاضي من قدرة المدين على تنفيذ التزامه كاملاً وكما اتفق عليه بموجب العقد بعد انتهاء الظروف الطارئة، وكذلك يجب عليه التأكد من أن إعساره كان بسبب الظروف الطارئة، ويكون ذلك بقيامه بالتأكد من أن الظروف الطارئة هي السبب في إرهابه واختلال التوازن المالي للعقد.

الشرط الثالث: أن لا يتجاوز الأجل ميعاد انتهاء الظروف الطارئة

يرتبط وقف تنفيذ العقد إعمالاً لنظرية الظروف بميعاد انتهاء الظروف الطارئة، لذلك لا يجوز للقاضي أن يتمادى في هذا الأجل، لأن امتداد هذا الأجل بعد انتهاء الظروف الطارئة يصبح بلا مبرر.

وقد حددت المادة 281 ق.م.ج أجل نظرة الميسرة أثناء تنفيذ العقد بسنة واحدة، ويرى البعض تطبيق هذه المدة على وقف تنفيذ العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة، أي أن لا تتجاوز مدة وقف تنفيذ العقد سنة واحدة، إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي، لأن من شأنه أن

يحصّر مجال وقف تنفيذ العقد كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد في الظروف الطارئة التي لا تتجاوز مدتها أو التي تبقى لزوالها سنة واحدة، وبالتالي سوف يحرم المدينين من الاستفادة من وقف تنفيذ العقد إذا كانت الظروف الطارئة تتجاوز مدة السنة الواحدة، كما أنه لا يوجد في القانون المدني نص يدل على تحديد مهلة وقف تنفيذ العقد إعمالاً للظروف الطارئة بسنة، ناهيك عن عدم وجود نص يحدد وسائل رد الالتزام المرهق للمدين أصلاً.

بعد عرضنا لشروط منح الأجل القضائي الرامي إلى وقف تنفيذ العقد المختل توازنه المالي بفعل الظروف الطارئة، يبقى لنا أن نجيب عن تساؤل أخير يتعلق بإمكانية تمديد أجل وقف تنفيذ العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة، أي هل يمكن تمديد أجل وقف تنفيذ العقد المقضي به من طرف القاضي؟ والجواب بكل بساطة هو عدم إمكانية ذلك، لأنه كما سبق وأن قلنا أن الأجل الممنوح للمدين مرتبط بمدة سريان الظروف الطارئة المؤقتة التي يرجى زوالها قريباً فقط، أما إن استمرت الظروف الطارئة إلى وقت أطول من الذي قدره القاضي، أو تجددت هذه الظروف فلا مجال لتمديد وقف تنفيذ العقد، لأن في تمديده إضرار بالدائن، وهذا يخالف أساس نظرية الظروف الطارئة التي تبنى على العدالة والمساواة بين المتعاقدين وعدم الإضرار بأي منهما.

وعليه إذا لم تنته الظروف الطارئة في الموعد المحتمل لانتهائها والمقدر من طرف القاضي، أو تجددت هذه الظروف الطارئة قبل تمكن المدين من تنفيذ التزامه، فلا يجوز له الحكم بتمديد أجل وقف تنفيذ العقد، لأن في ذلك إضرار بالدائن وفيه تأثير على العقد واستقرار المعاملات بين المتعاقدين، ولكن له الحكم بتطبيق الوسائل الأخرى لإعمال نظرية الظروف الطارئة من إنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات الدائن.

رابعاً: منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه

إن منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه¹ هي قاعدة عامة يستفيد منها أي مدين معسر، في أي عقد كان، ومهما كان سبب إعساره، ومنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه بناء على الظروف

¹ خليل درش، المرجع السابق، ص 252.

الطارئة هو سبب وجيه، طبعاً بعد التأكد من أن هذا الأجل ليس من شأنه الإضرار بالدائن، الذي يجب مراعاة مصلحته بالموازاة مع مصلحة المدين، لأن نظرية الظروف الطارئة تسعى قبل كل شيء إلى إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة، وهذا لا يتأتى إلا بمراعاة مصلحة كلا جانبي العقد، وهي كما ذكرنا سابقاً لا ترفع الإرهاق كله عن المدين وإنما توزعه على طرفي العقد لكي تصل إلى إعادة التوازن المالي للعقد.

وإذا كان من الجائز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً يوقف أثناءه تنفيذ العقد، فمن الأولى أن يجوز له منحه أجلاً لتنفيذ التزامه، وهذا الأجل هو ما يسمى بنظرية الميسرة، وهي حل منحه المشرع للقاضي لإسعاف المدين المتأخر عن تنفيذ التزامه إذا لمس فيه جدية وأن منحه أجلاً سوف يمكنه من تنفيذ التزامه.

ونظرية الميسرة أو "الأجل القضائي" هي قاعدة فقهية إسلامية مفادها منح المدين المعسر مهلة أو مدة زمنية محددة، يتسنى له خلالها تحسين ظروفه المالية لتنفيذ العقد.

وتعتبر "نظرية الميسرة" مبدأً إنسانياً ودعامة مهمة من دعائم التشريع الإسلامي، فهي تمثل جانب الرأفة والرحمة بين الناس والتيسير عليهم ودفع الحرج عنهم¹، وقد جاء النص على هذا المصطلح في القرآن الكريم في قوله تعالى: {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ}²، والمقصود بالعسرة ضيق الحال من جهة المال، والنظرية فهي التأخير، وأما الميسرة فهي اليسر ووفرة المال.³

ويميز قانون الموجبات اللبناني في الأجل بين الأجل القانوني والأجل الممنوح، حيث تنص المادة 106 منه على أنه: (الأجل المؤجل إما قانوني وإما ممنوح. فالقانوني هو المثبت في عقد إنشاء الموجب أو اتفاق لاحق له أو المستمد من القانون. والأجل الممنوح

¹ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 385.

² سورة البقرة، الآية 280.

³ أمجد أرحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية"، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، جمهورية إندونيسيا، أغسطس 2016، ص 171.

هو الذي يمنحه القاضي)¹، ومثل هذا النص غير موجود في القانون الجزائري، إلا أن ذلك لا يمنع من اتفاق أطراف العقد على منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، زيادة على الأجل القضائي الذي هو من اختصاص القاضي المدني أصلا.

ومنح أجل للمدين لتنفيذ التزامه تنطبق عليه المواد 210 و 281 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، وعليه يجوز للقاضي طبقا للقواعد العامة أن يسعف المدين المرهق بأجل قضائي لتنفيذ التزامه مراعيًا في ذلك مصلحة طرفي العقد، وعدم الإضرار بكليهما.

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني في إعمال نظرية الظروف الطارئة

تتجلى سلطة القاضي إزاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة، في تحديد اللحظة التي بدأت فيها الظروف الطارئة، وتحديد زمن إبرام العقد وما إذا كان قد تم تنفيذه بالفعل من عدمه، لأنه إذا صدر العقد ونفذ بالفعل فلا مجال لإعمال هذه النظرية، أما الالتزامات التي نفذت بالفعل قبل حدوث ظرف الطارئ فلا تسري عليها النظرية لأنها نفذت بالفعل.²

كما تظهر سلطته في تقدير مدى نطاق التقابل في الالتزامات المترتبة التنفيذ، وفي مراقبة توافر شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة من حيث كون الظرف استثنائيا، وتقدير مدى عموميته وعدم توقعه وإمكانية دفعه من عدمه على أسس موضوعية وتحديد مدى الإرهاق الذي أصاب المدين بمرونة وبطريقة تختلف من مدين لآخر حسب الظروف وحسب طبيعة الصفقة المعقودة.³

كما تظهر سلطته التقديرية أيضا في نطاق إعمال الجزاء المترتب عن نظرية الظروف الطارئة، فإذا توافرت شروط الظروف الطارئة جاز له تبعا للظروف وبعد الموازنة

¹ مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني -دراسة مقارنة-، ج1، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2007، 349.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، 2008، المرجع السابق، ص 267.

³ فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2004، ص 234.

بين مصلحة الطرفين أن يرد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول، لا أن يرفعه كلياً، وفي هذا الصدد له إما إنقاص التزام المدين، أو زيادة التزام الدائن، أو وقف تنفيذ الالتزام زمناً معيناً حتى يزول الظرف الطارئ بشرط عدم الإضرار بمصلحة الدائن، ولكن ليس له أن يحكم بفسخ العقد كما هو الحال في القوة القاهرة.¹

بالرغم من السلطة الواسعة التي يتمتع بها القاضي المدني إزاء نظرية الظروف الطارئة إلا أن هناك خلاف في تحديد طبيعة هذه السلطة هل هي سلطة مطلقة أم مقيدة؟

فهناك من الفقه من يرى أن القاضي يتمتع إزاء معالجة آثار الظروف الطارئة بسلطة تقديرية واسعة مقارنة بمهمته لدى معالجة العقود في الظروف العادية، من خلال تصوره ومواءمته للواقع الذي أمامه، حيث يجري مقارنة بين ظروف أطراف العقد في حدود الصفة محل العقد من خلال منظور موضوعي دون الخوض في الظروف الشخصية للمتعاقدين.²

ويرى آخرون ومنهم الدكتور العربي بلحاج أن سلطة القاضي المدني في هذا الخصوص هي سلطة تقديرية مطلقة في تعديل وترشيد العقد إلى الحد المعقول الذي يخدم الفرد والمجتمع.³

أما الدكتورة جميلة بولحية فتري أن سلطة القاضي المدني بشأن نظرية الظروف الطارئة هي سلطة تقديرية مقيدة، لأن القانون أجاز له عمل شيء معين إذا تبين له شروط معينة، وهو في ممارسته لهذه السلطة خاضع لرقابة المحكمة المختصة.⁴

ونحن من وجهة نظرنا نتفق مع الرأي القائل بأن سلطة القاضي المدني إزاء نظرية الظروف الطارئة هي سلطة تقديرية مقيدة فيما يتعلق بشروط تطبيقها، لأنه ملزم بالتقيد بشروط إعمالها، أما عندما يتعلق الأمر باختيار الوسيلة المناسبة لرد الالتزام المرهق فنرى

¹ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، 2008، المرجع السابق، ص 270-271.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 418.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة-)، المرجع السابق، ص 262.

⁴ جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 139.

أن هذه السلطة واسعة، بالرغم من أن وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي وسائل محددة فقها وليس له الخروج عنها، وبالرغم من كونه مقيدا بعدة ضوابط عند رده الالتزام المرهق.

كما أنها سلطة واسعة فعلا فيما يتعلق بتحديد معنى الالتزام المرهق،¹ لأن المشرع كما سبق القول لم يحدد معنى الإرهاق وبالتالي يقع على القاضي تحديد هذا المفهوم تبعا لكل حالة، كذلك فيما يتعلق بتحديد معنى رد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالمشرع أيضا لم يحدد معنى المعقول، وعليه فتحديد معناه يقع على القاضي أيضا، الذي يستعين بكل المعطيات المتعلقة بالقضية للوقوف على معنى الإرهاق والمعقول، لكي يختار الوسيلة المناسبة لرد الالتزام.

والقاضي لدى ممارسته لسلطته التقديرية إزاء تطبيق نظرية الظروف الطارئة يخضع لرقابة المحكمة العليا، حيث يجب عليه توضيح الأسباب التي أدت به إلى إعمال هذه النظرية، حيث يقع عليه تكييف الظرف وهو مسألة قانونية بحتة، أما فيما يخص وسائل رد الالتزام المرهق فله السلطة التقديرية في اختيار أنسبها وهي مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

¹ فطيمة الزهراء مصدق، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، المرجع السابق، ص 341.

ملخص الفصل الأول

إن تدخل القاضي المدني في العقد بناء على نظرية الظروف الطارئة هو مهمة صعبة، لأن إعادة التوازن المالي للعقد بعد اختلاله بفعل الظروف الطارئة التي قد يواجهها العقد في مرحلة تنفيذه هو تجسيد للعدالة العقدية التي تتطلب من القاضي المدني الموازنة بين مصلحتين متعارضتين، ألا وهما مصلحة المدين في رد التزامه المرهق إلى الحد المعقول، ومصلحة الدائن في عدم إلحاق الضرر به نتيجة أعمال القاضي لسلطته التقديرية في إعادة التوازن المالي المختل بفعل الظروف الطارئة التي أُلِمت بالعقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسعى القاضي إلى الحفاظ على العقد من الزوال واستقرار المعاملات بين أفراد المجتمع، وهذا من خلال الوسائل التي منحه المشرع إياها لإعادة التوازن المالي للعقد، والتي يتمتع إزاءها بسلطة تقديرية واسعة في اختيار أنسبها مراعيًا في ذلك ظروف العقد ونوع الظروف الطارئة التي أخلت به.

الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشرط الجزائي

إن تنفيذ العقد هو الغاية التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، ويترتب عن إخلال أحدهما عن تنفيذ التزامه نشوء حق الطرف الآخر في مطالبة بالتعويض، فإذا تعنت المدين جاز للدائن طلب التعويض، أو طلب فسخ العقد وتعويض معا، إضافة إلى إمكانية استخدامه لحقه في الدفع بعدم التنفيذ.

وزيادة على حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء وطلب التعويض، فقد أجاز المشرع للمتعاقد أن يتفقا مسبقا على تحديد مقدار التعويض أو ما يسمى بالشرط الجزائي الذي يستحقه الدائن منهما، جزاء عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وذلك بإدراج هذا الشرط أو الاتفاق على التعويض كبند في العقد ذاته، كما يمكن للمتعاقدين الاتفاق لاحقا على قيمة هذا التعويض بموجب وثيقة لاحقة للعقد.

وبما أن مقدار التعويض بموجب الشرط الجزائي يتم الاتفاق عليه مسبقا أي قبل إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية وقبل حدوث الضرر، فقد يحدث أن يكون مقدار هذا التعويض باهظا بحيث يفوق حجم الضرر الحاصل فعلا، كما يمكن أن يقل مقدار هذا التعويض عن حجم الضرر الذي وقع، فإذا حدث هذا أو ذاك فإن التوازن المالي للعقد يصبح مهددا بالاختلال نتيجة التفاوت بين قيمة الشرط الجزائي والضرر الواقع فعلا.

وعليه فإننا في هذا الفصل سنتناول بالدراسة الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن المالي للعقد، من خلال التطرق إلى الأحكام القانونية التي تنظم الشرط الجزائي في (المبحث الأول)، ثم إلى سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأحكام القانونية التي تنظم الشرط الجزائي

سوف نحاول في هذا المبحث الإلمام بالقدر الكافي من الأحكام القانونية التي تنظم الشرط الجزائي، من خلال تناول مفهوم الشرط الجزائي في (المطلب الأول)، ثم أهمية الشرط الجزائي وشروط استحقاقه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

بغية الإحاطة بمفهوم الشرط الجزائي سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول تعريف الشرط الجزائي وأنواعه في (الفرع الأول)، والطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي وأنواعه

نتناول في هذا الفرع تعريف الشرط الجزائي (أولاً)، ثم نتطرق إلى أنواع الشرط الجزائي (ثانياً).

أولاً: تعريف الشرط الجزائي

الشرط الجزائي ويطلق عليه كذلك "التعويض الاتفاقي" لأن المتعاقدين يتفقان مسبقاً على تقدير التعويض ولا يتركان تقديره للقاضي كما هو الأصل، وهو معروف في الفقه الإسلامي والأصل فيه الإباحة،¹ وسمي بـ"الشرط الجزائي" لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وإن كان لا يوجد مانع أن يوضع

¹ علي أحمد السالوس، "الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 14، كلية الشريعة جامعة قطر، السنة 12، ص 136.

في اتفاق لاحق،¹ ويطلق عليه المشرع اللبناني تسمية "البند الجزائي" في قانون الموجبات اللبناني في المادتين 266 و 267 منه.

وقد اختلف في تعريف الشرط الجزائي حسب الاختلاف في طبيعته القانونية، لأننا سوف نرى فيما بعد أن هناك من يحدد طبيعته كتعويض، ومنهم من يرى أنه جزاء أو عقوبة.

فالأستاذ أنور سلطان عرف الشرط الجزائي بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه، وسمي كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي".²

وعرفه الأستاذ محمد صبري السعدي بأنه: "الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلاً بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي على التعويض بنوعيه".³

وعرفه الأستاذ بوريث ستارك بأنه: "تقدير اتفاقي وجزافي للتعويض"،⁴ أما الأستاذ غيهو GHIHO فقد عرفه بأنه: "اتفاق تبقي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"، وعرفه فرانسوا شابا FRANCOIS CHABAS بأنه: "تحديد اتفاقي للتعويض".⁵

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام -الإثبات، آثار الالتزام-)، ج 2، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 851.

² أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 173.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات -أحكام الالتزام- دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 79.

⁴ عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 9.

⁵ عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 10.

بينما عرفه الأستاذ تولييه TOOLIER بأنه: "ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه".¹

ويعرف الشرط الجزائي كذلك بأنه: "ذلك الشرط الذي يقوم أطراف العقد بالتحديد المسبق لقيمته جزافيا، ويكون غالبا في شكل مبلغ من النقود، والذي يصبح مستحقا من طرف المدين في حالة إخلاله بتنفيذ العقد أو تأخره في تنفيذه"²

أما بالنسبة لتعريف الشرط الجزائي من طرف المشرع الفرنسي فنميز بين مرحلتين:

- **تعريف الشرط الجزائي في القانون الفرنسي قبل التعديل:** كان المشرع المدني الفرنسي يعرف الشرط الجزائي في المادتين 1226 و 1229، حيث عرفته المادة 1226 ق.م.ف على أنه: (الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد به أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ)³، أما المادة 1229 ق.م.ف فقد عرفته بأنه: (تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي. ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررًا لمجرد التأخير)⁴.

يلاحظ الازدواج في تعريف المشرع الفرنسي للشرط الجزائي، فالتعريف الأول هو تعريف عام للشرط الجزائي وفي نفس الوقت اقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط، أما التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي

¹ المرجع السابق، ص 09.

² Christine BIQUET-MATHUIEU, Les clauses pénales- rapport belge (texte provisoire), journée trilatérale Espagne-Québec-Belgique « Question choisies de droit privé », Barcelone, 28 et 29 octobre 2010, P02.

³ (La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution)

⁴ (la clause pénale est la compensation des dommages et intérêt que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ne peut demander en même temps le principale et la peine à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard)

عقوبة، كما انتقد هذا التعريف لكونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152 ق.م.ف، التي بمقتضاها يكون للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي ولو لم يلحقه أي ضرر، مما جعل الفقهاء يتساءلون عن مبرر هذا الازدواج في تعريف الشرط الجزائي، فأجابهم البعض بأن هذا الازدواج يرجع إلى أن نص المادة 1226 من ق.م.ف أخذ من القانون الروماني الذي كان لا يعطي القوة الإلزامية للاتفاقات التي محلها مبلغ من النقود، أما الاتفاقات التي محلها غير النقود فكانت تستمد قوتها الإلزامية من الشرط الجزائي الذي كان يطلق عليه في القانون الروماني اصطلاح STIPULATIO POENA، فبفضله كان الدائن يضمن تنفيذ المدين الالتزام الأصلي حتى يفلت من دفع الشرط الجزائي، وهكذا كان هذا الأخير يلعب دور الضمان الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1226.¹

أما فيما يخص المادة 1229 ق.م.ف فقد تأثر واضعو القانون المدني لفرنسي سنة 1804 بأفكار بوتيه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد تعويض للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين الالتزام الأصلي، فنقل واضعو القانون المدني الفرنسي هذا التعريف في نص المادة 1229.²

-تعريف الشرط الجزائي في القانون الفرنسي بعد التعديل: بموجب الإصلاحات التي أدخلت على قانون العقود الفرنسي تم إدراج المادة 1231-5 المتعلقة بالشرط الجزائي بموجب القانون رقم 2018-287 الصادر في 20 أبريل 2018 المعدل للأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فيفري 2016 المتضمن إصلاح قانون العقود³، وبذلك تم إلغاء المواد السابقة لتحل محلها المادة 1231-5 التي تنص على أنه: (عندما ينص العقد على أن من يخل بالتنفيذ يدفع مبلغا محددا على سبيل التعويض عن الضرر، فلا يمكن أن يدفع للطرف الآخر مبلغ لا أكثر ولا أقل. ومع ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد الجزاء بما يراه مناسبا إذا كان باهظا أو سخيافا. إذا تم تنفيذ الالتزام جزئيا، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يخفض الجزاء بما يتناسب مع الفائدة التي حصل عليها الدائن من

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 7-8.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 8.

³ <https://www.lettrede reseaux.com>, révisé le 05/12/202 à 20.30.

التنفيذ الجزئي، دون مخالفة أحكام الفقرة السابقة. كل نص يخالف الفقرتين السابقتين يعد كأنه لم يكن، ما لم يكن عدم الأداء نهائياً، لا يتم فرض العقوبة إلا عندما يتخلف المدين عن السداد).¹

بعد قراءة هذه المادة يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- أنها ألغت نهائياً مصطلح "الشرط الجزائي Clause Pénale" خلافاً للمادتين 1226 و 1229، وأطلقت عليه تارة "مبلغاً محدداً على سبيل التعويض عن الضرر"، كما أشارت إليه تارة أخرى بلفظ "جزاء la pénalité"، وهذا يدعو للتساؤل عن السبب وراء إلغاء تسمية الشرط الجزائي.
- هذه المادة لم تعرف لنا الشرط الجزائي كسابقتها أي المادتين 1226 و 1229 الملغيتين، وإنما اقتصر على النص على أحكامه فقط، وهذا يمكن أن نرجعه إلى أن دور المشرع الأصيل ليس تعريف المصطلحات القانونية ولكن وضع الأحكام المتعلقة بها.
- تمنح المادة أعلاه صراحة للقاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا كان تافهاً، أو تخفيض قيمته إذا كان باهظاً.

¹ Art 1231-5 : (lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure), Création ordonnance n 2016 -131 du 10 février 2016- art.2, Code civil Français, Op-Cit.

- تعد الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي من النظام العام، لأن المادة أعلاه نصت صراحة على عدم جواز الاتفاق على مخالفتها.

أما المشرع الجزائري فهو الآخر أيضا لم يعرف الشرط الجزائي ولكنه نص على جواز اتفاق أطراف العقد على تحديد قيمة التعويض مسبقا في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق بموجب المادة 183 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (يجوز للمتعاقد أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181)، ويلاحظ أن هذه المادة قد أحالتنا إلى المواد 176 إلى 181 ق.م.ج التي تتعلق بالتعويض القضائي عن الضرر، وعليه فإن ما ينطبق على التعويض القضائي للضرر يسري على التعويض الاتفاقي للضرر.

ويستخلص من التعريفات المختلفة للشرط الجزائي إجماعها على أن الشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق مسبق على تعويض الضرر الذي يترتب عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك، يتم تحديده بموجب اتفاق بين طرفي العقد في مرحلة إبرام العقد، سواء في العقد الأصلي أو بموجب اتفاق لاحق، كما تجمع هذه التعريفات أن الشرط الجزائي يتم تحديده من طرف المتعاقدين بمبلغ من النقود، لأن التعويض كما هو معروف يكون على شكل مبلغ من النقود وليس في شكل عيني.

وعليه مما سبق توصلنا إلى أن الشرط الجزائي "التعويض الاتفاقي" يتميز بعدة خصائص هي:

- الشرط الجزائي هو اتفاق بين طرفي العقد إذ يتم الاتفاق على تحديده من قبل أطراف العقد بكامل إرادتهم كباقي شروط وبنود العقد الأخرى، وقد يكون ذلك بموجب العقد الأصلي أو اتفاق لاحق مرتبط بالعقد الأصلي.

- يتم الاتفاق على تحديد قيمة الشرط الجزائي في مرحلة إبرام العقد وقبل البدء في تنفيذ العقد، وليس بعد الإخلال بتنفيذ العقد ووقوع الضرر، لأنه آنذاك يعد بمثابة تصالح وتطبق عليه الأحكام الخاصة بعقد الصلح لا قواعد الشرط الجزائي.¹
- الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض، حيث يتم تحديد قيمة التعويض من قبل أطراف العقد مسبقاً، ويرى الأستاذان بودري لاكتري Baudry Lacantri و بارد Barde أن الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويضات التي تستحق لعدم التنفيذ أو التأخر فيه، وهو نفس رأي الأستاذ هيك HUC الذي يرى أن الهدف من الشرط الجزائي هو تحديد بصفة مسبقة وجزافية للتعويض،² ويترتب عن ذلك أن الشرط الجزائي قد يساوي الضرر الحقيقي الذي سيحصل، وقد يزيد عنه، كما يمكن أن يقل عنه.
- الشرط الجزائي طريق احتياطي، فالأصل هو تنفيذ المدين لالتزامه اختياراً وطوعاً، أما إذا أخل بالتزامه فإن الدائن يستحق مبلغ التعويض الممثل في مقدار الشرط الجزائي، ولكن يبقى الأصل هو تنفيذ الالتزام أما الشرط الجزائي فلا يلجأ إليه إلا على سبيل الاحتياط، فهو ليس التزاماً بديلاً، ومن ثم لا يجوز للمدين أن يختار بين تنفيذ الالتزام والشرط الجزائي، كما أن الالتزام المقترن بالشرط الجزائي ليس التزاماً تخييرياً لأن الدائن لا يستطيع الاختيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطالب بأيهما يشاء، بل عليه أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذه بخطأ من المدين، فيطالب بمبلغ الشرط الجزائي.³
- الشرط الجزائي هو التزام تبعي للالتزام أصلي، فهو اتفاق غايته تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي أو تأخره عن ذلك، ومن هذا يستخلص أن الشرط الجزائي لا يكون له وجود بدون التزام أصلي ولا بقاء بعده، وعلى هذا الأساس يبطل الشرط الجزائي إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً، أما بطلان

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 79.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 40.

³ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، المرجع السابق، ص 177.

الشرط الجزائي فلا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي،¹ كما يترتب عن كون الشرط الجزائي التزاما تبعا أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدل المطالبة بتنفيذه، فإن الشرط الجزائي يسقط مع سقوط العقد بالفسخ، ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقا للقواعد العامة للتعويض، ولا يطالب بمقدار الشرط الجزائي.²

- الشرط الجزائي باعتباره جزء من العقد فإنه يستمد قوته منه، فإنه يسعى إلى ضمان تنفيذ العقد من جهة، وفي نفس الوقت هو وسيلة لضمان حق الدائن في حالة ما إذا لحق به ضرر من جهة أخرى.³

ثانيا: أنواع الشرط الجزائي

تنص المادة 176 ق.م.ج على أنه: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

وعليه فإن التعويض القضائي يمكن أن يحكم به في حالتين، حالة عدم التنفيذ وهو التعويض لعدم التنفيذ، وحالة تأخر المدين في التنفيذ ويطلق عليه بالتعويض عن التأخير، ونفس الشيء ينطبق على الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، حيث يجوز أن يتفق أطراف العقد أن يكون على إحدى الصورتين أو كليهما، فقد يتفقان أن يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ، وقد يتفقان على استحقاقه لمجرد التأخير في التنفيذ، كما يجوز لهما الاتفاق على استحقاقه في الحالتين.

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 49.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات، آثار الالتزام-)،

ج 2، المرجع السابق، ص 863-864.

³ خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 66.

1. الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ

هو اتفاق طرفي العقد على قيمة التعويض الذي يدفعه المدين حال عدم تنفيذه الالتزام، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً.

ويهدف الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ إلى تعويض الضرر المترتب عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الأصلي وبالتالي فهو يحل محل الالتزام الأصلي، ونكون بصدد عدم التنفيذ متى أصبح التنفيذ مستحيلاً ويكفي في هذا الصدد أن تؤثر الظروف على أمل الدائن في التنفيذ كهلاك محل العقد أو فقده، وقد يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً وفي كلتا الحالتين يجب على المدين التعويض حسب نسبة عدم التنفيذ.¹

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التنفيذ العيني والتعويض لا يمكن الجمع بينهما، وعليه إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، فيجوز للدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه، أو القيام بتنفيذه على نفقته، أما إذ أصبح التنفيذ مستحيلاً فيستحق الدائن مبلغ التعويض سواء القضائي أو الاتفاقي، وعليه فإن قيمة الشرط الجزائي كما سبق القول تحل محل الالتزام الأصلي، أما الاستحالة التي تلحق محل العقد بفعل خارجي عن إرادة المدين كالقوة القاهرة، فإنها سبب لانقضاء الالتزام ولا توجب التعويض إلا إذا اتفق المتعاقدان على تشديد أحكام المسؤولية العقدية بأن يتفقا على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، حيث تنص المادة 178 ق.م.ج على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة).

2. الشرط الجزائي في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام

يتمثل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي عن التأخير في تنفيذ الالتزام، في اتفاق طرفي العقد على قيمة التعويض الذي يدفعه المدين حال تأخره في تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه، ويعد مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام خطأ عقدياً يستوجب التعويض إذا أصاب المتعاقد ضرر جراء هذا التأخير.

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 11.

ويهدف الشرط الجزائي المقرر لحالة التأخر في التنفيذ إلى تعويض الضرر المترتب عن التأخر في التنفيذ، فهو لا يحل محل الالتزام الأصلي مطلقاً، فالمدين يبقى على التزامه بتنفيذ التزامه الأصلي متى كان ذلك مكننا لكنه مطالب في نفس الوقت بتعويض الدائن إذا تأخر عن زمن التنفيذ المتفق عليه، ويتم تقدير هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يدفعها المدين للدائن عن الفترة الزمنية التي يحددها الطرفان.¹

كما يهدف إلى حث المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهما في الأجل المتفق عليه تفادياً لدفع مبلغ الشرط الجزائي، وهذا بدوره يبعث على احترام العقود واستقرار المعاملات.

وهناك أهمية كبيرة للتمييز بين التعويض لعدم التنفيذ والتعويض عن التأخير في التنفيذ حيث تختلف الآثار القانونية في الحالتين، والاتفاق هو الذي يحدد إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً بعدم التنفيذ أو للتأخير، فإذا كان الاتفاق واضحاً وصريحاً في تحديد نوع الشرط الجزائي فالأمر لا يثير أي إشكال، لكن إذا كانت إرادة الطرفين صريحة في ضمان الالتزام الأصلي بشرط جزائي ولم تكن صريحة في بيان نوعه من حيث كونه مقرراً لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ، وفي هذا الصدد قرر الفقه والقضاء الحلول التالية:²

- **بالنسبة للقضاء:** قرر القضاء الفرنسي أن معرفة ما إذا كان الشرط الجزائي مقرراً لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ هي مسألة واقع، ولقضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين.

- **بالنسبة للفقه:** اقترح بعض الفقهاء معياراً مادياً للتمييز بين الشرط الجزائي المشروط لحالة عدم التنفيذ والشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ، ويقوم هذا المعيار على قيمة الشرط الجزائي فإذا كان يقارب قيمة الالتزام الأصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لأنه يهدف إلى الحلول محل التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، أما إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقل عن مبلغ الالتزام الأصلي بدرجة كبيرة فيمكن اعتباره مقرراً

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 12.

² عبد الله نجاري، المرجع نفسه، ص 12-13.

للتأخير في التنفيذ، وما يميز هذا النوع من الشرط الجزائي أنه يقدر بنسبة مئوية عن كل فترة زمنية يحددها الطرفان.

ولا يطبق الشرط الجزائي إلا للحالة التي تقرر من أجلها، باعتباره استثناء من القواعد العامة التي تحكم التعويضات القضائية، فإذا اشترط للتأخير في التنفيذ فلا يمكن المطالبة به في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام لأنه يصبح بدون محل، والعكس صحيح إذا تقرر الشرط الجزائي لضمان عدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بتعويض الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ الالتزام.¹

وأخيرا يمكن أن يتفق الطرفان على أن يكون الشرط الجزائي مقرا لعدم التنفيذ و التأخر في نفس الوقت، وهنا المدين مطالب بالتعويض في الحالتين.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة

إنه من الأهمية بمكان ونحن بصدد دراسة الأحكام القانونية للشرط الجزائي أن نتطرق للطبيعة القانونية للشرط الجزائي نظرا للجدل الفقهي القائم حولها ومحاولة تبيان الآراء الفقهية المختلفة حول هذه الطبيعة، كما أن الخلط الذي يقع فيه دارسوا الحقوق بين الشرط الجزائي وبعض الأنظمة القانونية يستدعي منا تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له.

وعليه سنتناول دراسة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي (أولا)، ثم تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، وإن كان اختلافا بسيطا لم يظهر بشدة مثلما حدث في النظريات الأخرى، وعلى الأغلب انقسم الفقهاء إلى فريقين، فريق من

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 13.

يرى أنه ذو طبيعة تعويضية، وآخر من يرى أنه ذو طبيعة عقابية، بالإضافة إلى فريق ثالث يجمع بين الصفتين التعويضية والعقابية للشرط الجزائي فيرى أن الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة.

1. الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي ذو طابع تعويضي ولا يمكن أن يكون عقوبة، إلا أنهم يختلفون حول طبيعة هذا التعويض بين من يرى أنه تقدير جزافي للتعويض، ويترتب عن ذلك أنه لا يجوز المساس بهذا المبلغ المتفق عليه لا زيادة ولا تخفيضا إلا استثناء، مستندين في ذلك إلى المادة 1152¹ ق.م.ف الملغاة، وبين من يري أنه تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن، ويترتب عن ذلك أنه يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل مبلغ الشرط الجزائي بالزيادة أو التخفيض متى طلب منه ذلك وتوافرت شروطه.²

ويرى السنهوري أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية، فلا هو بالتزام تخيري ولا هو بالتزام بدلي، ومن ثم لا يكون المدين حرا في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب الدائن ذلك.³

ويعد المشرع الجزائري من بين التشريعات التي تعتبر الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية، ويظهر ذلك من خلال النص عليه في الفصل الثاني تحت تسمية "التنفيذ بطريق

¹ Art 1152 : (Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite), Code civil Français, Op-Cit.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 76-79.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات، آثار الالتزام-)، المرجع السابق، ص 86

التعويض في المادة 183 من ق.م.ج التي جاء فيها أنه: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض ...).

2. الطبيعة العقابية للشرط الجزائي

يميل فريق من الفقهاء إلى اعتبار الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه الذي أخل بتنفيذ التزامه، وفي هذا الصدد يقول لومبيار: "الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان والأمن"، ويؤكد ذلك الأستاذ ديموج الذي يرى أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه أهميته وأصالته وتميزه عن نظرية التعويض، أما الفقيه بلانيول فقد حدد الوظيفة العقابية للشرط الجزائي بتقريره أن هذه الوظيفة تتحدد بالمبلغ المتفق عليه عما إذا كان مرتفعا أو تافها.¹

ويرى البعض أنه إذا كان تقدير مبلغ الشرط الجزائي مبالغا فيه، أي لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن، فإن الشرط الجزائي يخرج من مفهوم التعويض وينقلب إلى تهديد مالي حتى وإن لم يقصد المتعاقدان ذلك.²

إلا أن هذا الرأي قد تم انتقاده من طرف الفقه الحديث، لأن الشرط الجزائي يمكن تعديل قيمته من طرف القاضي المدني ليتناسب مع قيمة الضرر، وهذا هو أساس التعويض عن الضرر، فلو كان عقوبة لما خول المشرع القاضي سلطة تعديل قيمته قصد تحقيق التوازن المالي للعقد الذي قد يختل إذا كان هذا الشرط باهظا أو تافها لا يساوي حجم الضرر الواقع فعلا.

3. الطبيعة المركبة للشرط الجزائي

يرى جانب ثالث من الفقه أن للشرط الجزائي طبيعة مركبة أو مزدوجة، فيرون أن الشرط الجزائي هو تعويض وعقوبة في نفس الوقت، وتبنى هذا الاتجاه الفقيه الألماني كوزاش cosach الذي اعتبر الشرط الجزائي عقوبة تعويضية، إلا أن هذا الموقف تعرض للانتقاد من طرف بعض الفقه خاصة الأستاذ بيرانو فاشيو perano faxio، الذي يرى بأن

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 80-81.

² بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 74.

الشرط الجزئي إما أن يكون تعويضاً وإما أن يكون عقوبة ولا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين التعويض والعقوبة، ويبرر ذلك بأن التعويض هو إصلاح للضرر الذي حصل، وجوهره يكمن في فكرة المعادلة بين الضرر الذي حصل والمبلغ الذي يدفع على سبيل التعويض، وهو يختلف عن جوهر العقوبة الذي يكمن في فكرة فرض عبء يحدث ضرراً لمن وجهت إليه، وعليه فلا يستقيم القول أن الشرط الجزائي هو تعويض وعقوبة في نفس الوقت لاختلاف جوهر كل منهما.¹

أما الدكتور محمد بوكماش فيرى أن الشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة، تبدأ اتفاقية تعويضية، وتنتهي اتفاقية تهديدية، فالشرط الجزائي يتم الاتفاق عليه بإرادة الأطراف الحرة من أجل تعويض الضرر الذي قد ينشأ بفعل إخلال المدين بتنفيذ التزامه، إلا أنه بعد إخلال المدين فعلاً بالتزامه يتخذ الشرط الجزائي وصف عقوبة لأنه يأتي كجزاء على الإخلال بالالتزامات العقدية.²

ومن التشريعات التي تأخذ بالطبيعة المركبة للشرط الجزائي صراحة نجد التشريع المدني اللبناني طبقاً للمادة 2/266 من قانون الموجبات اللبناني حيث جاء فيها: (وقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المدين على الإيفاء. ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة)، من هذا النص نلاحظ استخدام المشرع لمصطلح "تعويض" تارة، واستخدامه لمصطلحي "إكراه" و"غرامة الإكراه" تارة أخرى، وهذا دليل على تبني المشرع المدني اللبناني للطبيعة المركبة للشرط الجزائي.

كذلك المشرع الفرنسي يميل إلى اعتبار الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة، ويظهر ذلك في المادة 1231-5 من ق.م.ف السالفة الذكر، حيث أشار إليه تارة بـ "التعويض"، وأشار إليه تارة أخرى بـ "الجزاء".

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 90-91.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 330.

ونحن من وجهة نظرنا نساند هذا الرأي، لأنه مما سبق بيانه عند عرض خصائص الشرط الجزائي وجدنا أنه يتميز بكونه التزاما تابعا لالتزام أصلي وهو العقد، يستمد وجوده منه كما يستمد منه صحته، ويكون مستحقا إذا لم يقم المدين بعدم التنفيذ أو تأخر في ذلك حسب نوع الشرط الجزائي المتفق عليه، وعليه فالشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة، تعويضية لأنه يستحق عند إخلال المدين بالتزامه، وعقابية لأنه يشكل تهديدا للمدين الذي يقوم بتنفيذ التزامه خوفا من دفع قيمة الشرط الجزائي حال عدم تنفيذه لالتزامه الأصلي.

ثانيا: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة

يتشابه نظام الشرط الجزائي بالعديد من الأنظمة القانونية الأخرى، وكثيرا ما يقع الخلط بينه وبينها، وفي هذا السياق اخترنا أن نقوم بتمييزه عن أكثر الأنظمة شبيها به وهما نظامي الغرامة التهديدية، والعربون.

1. تمييز الشرط الجزاء عن الغرامة التهديدية

تعد الغرامة التهديدية أكثر النظم القانونية شبيها بالشرط الجزائي باعتبارها تشكل وسيلة ضغط على إرادة المدين للقيام بالتنفيذ العيني للالتزام، وقد ابتدع القضاء وسيلة الغرامة التهديدية أو التهديد المالي كوسيلة إكراه على إرادة المدين لتنفيذ الالتزامات التي لا يمكن في الأصل تنفيذها جبرا على المدين إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه،¹ فمثلا إذا تم الاتفاق بين مريض وجراح لإجراء عملية جراحية فلا يمكن إجبار الجراح على إجراء هذه العملية رغما عن إرادته، أو الحلول مكانه للقيام بهذه العملية، فإذا امتنع عن القيام بإجراء هذه العملية جاز للقاضي إلزامه بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم تأخير أو مدة يحددها.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 39.

وفي القانون الجزائري لم يقتصر النص على الغرامة التهديدية في القانون المدني فقط، فقد جرى النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والعديد من النصوص القانونية الخاصة الأخرى.

فقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الموضوعية للغرامة التهديدية أو "الغرامة الإجبارية" كما جاء في نصي المادتين 174 و 175 من الفصل الأول "التنفيذ العيني" من الباب الثاني "أثار الالتزام" من القانون المدني، حيث تنص المادة 174 ق.م.ج على أنه: (إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع بعد ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة).

وتنص المادة 175 ق.م.ج على أنه: (إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين)

أما الأحكام الإجرائية المتعلقة بالغرامة التهديدية فقد تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الدعاوى المدنية، بموجب المادة 30 ق.إ.م.إ: (يجوز للقاضي أن يأمر بإرجاع المستندات المبلغة للخصوم تحت طائلة غرامة تهديدية عند الاقتضاء)، تدخل هذه السلطة في الدور الإيجابي للقاضي المدني، بحيث إذا لم يجب الخصم طلب القاضي في إرجاع المستندات أجاز له المشرع أن يحكم عليه بالغرامة التهديدية لإجباره على الانصياع لطلبه في إرجاع هذه المستندات، وهي بمثابة إشعار للخصم في حالة إخلاله بواجب حسن النية،¹ والمادة 1/305 ق.إ.م.إ: (يمكن لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامات التهديدية وتصفيتها)، التي تمنح قاضي الاستعجال سلطة إكراه الخصم على الاستجابة للأمر بواسطة الغرامة

¹ محمد بودريعات، الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 54.

التهديدية، وسلطة تصفيتها¹، والمادة 1/625 ق.إ.م.إ: (دون الإخلال بأحكام التنفيذ الجبري، إذا رفض المنفذ عليه تنفيذ التزام بعمل، أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، يحذر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات، أو المطالبة بالغرامات التهديدية ما لم يكن قد قضى بها من قبل)، وفي القضايا الإدارية نجده نص عليها المواد من 980 إلى 988 من نفس القانون، ويهدف من خلال ذلك إلى تنظيم إجراءات تطبيق وتفعيل الغرامة التهديدية، لأن القواعد الموضوعية لا تكفي وحدها لإعمال نظام الغرامة التهديدية، فبدون الأحكام الإجرائية سوف تبقى مجرد حبر على ورق، ويحدث خلاف حول طريقة تطبيق أحكامها والحكم بها من طرف الجهات القضائية المختصة.

كما تم النص على الغرامة التهديدية في العديد من النصوص الخاصة، كالقانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المادة 34 منه، حيث تنص على أنه: (في حالة عدم تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف وفقا للشروط والآجال المحددة في المادة 33 من هذا القانون يأمر رئيس المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية والملمس بعريضة من أجل التنفيذ في أول جلسة ومع استدعاء المدعى عليه نظاميا، التنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع تحديد غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25% من الراتب الشهري الأدنى المضمون كما يحدده التشريع والتنظيم المعمول به). غير أن هذه الغرامة التهديدية لا تنفذ إلا عندما تتقضي مهلة الوفاء التي لا تتجاوز (15) يوما.

يكون لهذا الأمر التنفيذ المعجل قانونا رغم ممارسة أي طريق من طرق الطعن². كما نص الأمر 03-03 المتعلق بقانون المنافسة على الغرامة التهديدية في المواد 58 التي تنص على أنه: (يمكن مجلس المنافسة إذا لم تحترم الأوامر والإجراءات المؤقتة

¹ عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط4، مزينة ومنقحة، منشورات بغدادية، الجزائر، 2013، ص 232.

² القانون 90-04 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق 6 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج، ع 6، الصادرة في 11 رجب 1410 الموافق 7 فبراير 1990.

المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه في الآجال المحددة، أن يقرر عقوبات تهديدية في حدود مبلغ مائة ألف دينار (100.000 دج) عن كل يوم تأخير).¹

ويمكن تعريف الغرامة التهديدية بأنها: "عبارة عن مبلغ مالي يتم تقديره من طرف القاضي، وهي وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين الممتنع عن التنفيذ متى كان الوفاء به عينا لا يزال في حدود الإمكان وكان الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه، فإذا تعنت المدين ولم يتم بتنفيذ التزامه وفقا لما تم الاتفاق عليه بموجب العقد، فعندئذ يجوز اللجوء لطلب تسليط التهديد المالي عليه، لحمله على التنفيذ العيني بصفة فعلية"،² وعليه فالغرامة التهديدية هي عبارة عن مبلغ مالي يحكم به القاضي على المدين، يحتسب عن كل مدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا، وهي وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني للالتزام، وتتميز بأنها غير محددة المقدار، بحيث تخضع للتقدير التحكيمي للقاضي الذي يحكم بها.³

مما سبق يتضح أنه للجوء إلى الغرامة التهديدية يجب توافر الشروط التالية:

- رفض المنفذ عليه تنفيذ التزام بعمل، أو مخالفة المنفذ عليه التزاما بالامتناع عن عمل، ولا تكون الغرامة التهديدية في الالتزامات بإعطاء شيء، لأن هذه الأخيرة يتبع في تنفيذها الإجراءات الخاصة بالحجوز.⁴

¹ أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى 1424 الموافق 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق 15 غشت 2010.

² مصطفى قويدري، "الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 50، ع 3، سبتمبر 2013، ص 264.

³ عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط مزيعة ومنقحة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 20.

⁴ سليمان بوقندورة، دعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي (مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية)، ط1، دار الألمعية للنشر والتوزيع، قسنطينة الجزائر، 2014، ص 120.

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ما زال ممكناً، وهذا الشرط بديهي إذا أن المقصود من الغرامة هو إجبار المدين على التنفيذ العيني، فمتى كان هذا الأخير مستحيلاً، لم يعد للغرامة جدوى.¹

- أن يكون التزام المدين شخصياً، أي أنه يشترط للتنفيذ العيني للالتزام تدخل المدين شخصياً ولا يمكن للغير أن يقوم مقامه في هذا التنفيذ، كالتزام فنان برسم لوحة، والتزام طبيب بإجراء عملية جراحية... وغيره.²

- ألا يكون فيها مساس بحق المؤلف، حيث لا يجوز إجبار المؤلف على النشر مع دار للنشر حتى ولو اتفق معها، فهو صاحب الحق الأول والأخير في تقدير نشر مصنفه من عدمه، وإجباره عن طريق الغرامة التهديدية فيه اعتداء على حقه الأدبي المتمثل في ملائمة النشر.³

- تحرير المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، وإحالة صاحب المصلحة على المحكمة.⁴

فالغرامة التهديدية هي حكم تهديدي الغرض منه الضغط على إرادة المدين، ولهذا فإنه يتم تحديدها عادة بمبلغ كبير يفوق حجم الضرر، وتنتشر مع الشرط الجزائي في عدة الأوجه، إلا أنهما يختلفان في العديد من الأوجه، وهذا ما سنتناوله في الآتي:

1.1. أوجه الشبه بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائي

- كلاهما وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته.
- يهدف كل من الشرط الجزائي والغرامة التهديدية إلى الضغط على إرادة المدين لحمله على احترام التزاماته العقدية.
- يتم تقدير الشرط الجزائي وكذا الغرامة التهديدية بمبلغ من النقود.

¹ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 20-21.

² عبد الرزاق دربال، المرجع نفسه، ص 21.

³ مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 7-8.

⁴ سليمان بوقندورة، المرجع السابق، ص 120.

1.2. أوجه الاختلاف بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائي

- الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يدفعه المدين لدائنه نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية، أما الغرامة التهديدية فيتم تقديرها من قبل القاضي لحمل المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً، واستوجب تدخل المدين شخصياً للتنفيذ.
- الشرط الجزائي هو جزء لا يتجزأ من العقد يتم تحديد قيمته من قبل المتعاقدين في العقد نفسه أو بموجب اتفاق لاحق، بينما تقدير قيمة الغرامة التهديدية فهو من اختصاص قاضي الموضوع بعد رفع طلب بذلك ودراسته وتوافر شروط الحكم به.
- الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية فهو تعويض اتفاقي للضرر يتم باتفاق أطراف العقد دون اللجوء للقضاء، أما الغرامة التهديدية فهي ذات طبيعة عقابية الغرض منها إضرار المدين بسبب عدم تنفيذه التزامه طواعية وليست تعويضاً للدائن.
- شروط استحقاق قيمة الشرط الجزائي هي شروط المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية والإعذار، بينما يستحق الدائن مبلغ الغرامة التهديدية عن كل يوم يمضي دون قيام المدين بالتنفيذ، إلا أن ما يستحقه الدائن في نهاية الأمر ليس ناتج عملية حسابية لعدد الأيام التي لم ينفذ المدين أثناءها التزامه، إنما يرجع تحديد مقدارها في النهاية لقاضي الموضوع الذي يراعي في تقديرها ما أصاب الدائن من ضرر وما بدا من عنت من طرف المدين طبقاً للمادة 175 ق.م.ج.
- الشرط الجزائي هو مبلغ محدد من النقود بموجب اتفاق طرفي العقد، بخلاف الحكم بالغرامة التهديدية فهو غير محدد، حيث يتم الحكم بها عن كل يوم تأخير ومقدارها يرتفع مع كل يوم يمضي دون قيام المدين بالتنفيذ،¹ فمبلغ الشرط الجزائي معلوم القيمة في عند وضعه، أما القيمة النهائية لقيمة الغرامة التهديدية فليست معلومة إلا عند الحكم بتصفيته.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 46.

- الغرامة التهديدية هي وسيلة لمواجهة مخالفة المدين التزام بأداء عمل أو الامتناع عنه، بينما الشرط الجزائي فيشمل جميع الالتزامات السابقة إضافة إلى الالتزام بإعطاء شيء.

- تستحق الغرامة التهديدية إذا لم ينفذ المدين التزامه، وكذا في حالة إذا ما تم التنفيذ بعد الحكم بها، أما الدائن فلا يستحق مبلغ الشرط الجزائي إذا كان مقررًا لعدم التنفيذ إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه، بينما الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ فيستحقه الدائن لمجرد تأخر مدينه عن التنفيذ بغض النظر عن تنفيذه للالتزام أم لا.

2. تمييز الشرط الجزائي عن العيوب

قد يحدث أثناء التعاقد خاصة في عقود البيع والإيجار والمقاولات... وغيرها أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر مبلغًا من النقود يسمى "العيوب"، يكون الهدف منه إما تقرير حق لكل منهما في العدول عن العقد بدفع قيمة هذا العيوب للطرف الآخر، وإما لتأكيد قيام العقد عن طريق تعجيل جزء من المقابل الذي يلتزم به أحدهما، أي الثمن مثلاً في عقد البيع.¹

وتفيد كلمة عيوب لغة: "القليل من الثمن أو الأجرة الذي يقدمه الرجل إلى الصانع ليرتبط العقد بينهما حتى يتوافيا بعد ذلك".²

ويمكن تعريف العيوب بأنه: "مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت انعقاد العقد، ويعطي الخيار لكل من هذين المتعاقدين في العدول عن العقد ومن ثم نقضه خلال مدة يتفق عليها، أو الخيار لهما في إمضاء العقد وجعله باتاً"³، فالعيوب إذاً له دالتان إما تقرير حق المتعاقدين في العدول، وإما تأكيد العقد واعتبار مبلغ العيوب كجزء معجل من الثمن.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 140.

² علي فيلاحي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 159.

³ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

والمشرع الجزائري حسم مسألة دلالة العربون بموجب المادة 72 مكرر التي تنص على أنه: (يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر)، وعليه فإن دلالة العربون في القانون المدني الجزائري هي منح كلا المتعاقدين الحق في العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون فقده، أما إذا عدل الطرف الذي استلم مبلغ العربون فإن عليه رده مضاعفا، كما أضافت المادة المذكورة أن فقدان مبلغ العربون أو دفعه مضاعفا غير مرتبط بحدوث ضرر للطرف الآخر، وعليه فإن العربون في هذه الحالة يعد أقرب إلى الجزاء منه إلى التعويض.

والعربون يتشابه كثيرا مع الشرط الجزائي إذا كانت دلالاته منح طرفي العقد الحق في العدول عن العقد، كما أنه يختلف عنه في العديد من الأوجه كما سنبيين في الآتي:

2.1. أوجه التشابه بين الشرط الجزائي والعربون

- يدفع الشرط الجزائي وكذا العربون عند الإخلال بتنفيذ الالتزام.
- يتم تحديد قيمتي الشرط الجزائي والعربون من طرف المتعاقدين.
- يتم تقدير الشرط الجزائي والعربون غالبا بمبلغ من النقود.

2.2. أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون

- يعد الشرط الجزائي من بين الشروط الإرادية التي تقترن بالعقد، أي يتم الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين أثناء إبرام العقد، بينما العربون فهو اتفاق سابق على التعاقد أي يتم الاتفاق على قيمته قبل التعاقد.¹
- ليس للمتعاقد بموجب الشرط الجزائي حرية الاختيار بين تنفيذ العقد ودفع مبلغ الشرط الجزائي، لأن الأصل في التعاقد هو تنفيذ العقد والتعويض هو جبر الضرر الذي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - العقد، العمل غير المشروع، الأثر بلا سبب، القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، -، 1952 ص 259.

- يلحق المتعاقد عن عدم التنفيذ، أما العربون فإذا كانت دلالة تقرير حق العدول للمتعاقدين، فإن للمتعاقدين مطلق الحرية بين تنفيذ العقد والعدول عنه.
- سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتمثل في جواز تعديله بالتخفيض أو الزيادة، أما العربون فلا يجوز للقاضي تعديله مطلقاً.
- يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يلحق الدائن ضرر جراء الإخلال بتنفيذ الالتزام، أما استحقاق مبلغ العربون فغير مرتبط بوقوع ضرر لأحد المتعاقدين طبقاً للفقرة 3 من المادة 72 مكرر من ق.م.ج السالفة الذكر.

المطلب الثاني: أهمية الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

سنحاول في هذا المطلب التطرق لأهمية الشرط الجزائي في (الفرع الأول)، ثم شروط استحقاقه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهمية الشرط الجزائي

للشرط الجزائي أهمية كبيرة فهو وسيلة للمتعاقدين لتقدير مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، وتظهر أهميته في العديد من النقاط التي سنحاول شرحها في النقاط التالية:

أولاً: تجنيب المتعاقدين الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة

كقاعدة عامة يجوز للدائن المتضرر من جراء عدم تنفيذ مدينه لالتزامه أن يلجأ إلى القضاء ليطالب مدينه بالتنفيذ العيني أو تعويض الضرر الذي أصابه، وعليه أن يثبت حالة عدم التنفيذ و/أو الضرر الذي أصابه، ويخضع تقدير التعويض حسب الأصل للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع مستندا في ذلك لما أصاب الدائن من ضرر وما فاتته من ربح.

ولما كانت المطالبة القضائية بالحق تفرض المرور عبر إجراءات شكلية محددة، كما أن عملية إثبات حالة عدم التنفيذ والضرر تتطلب وقتاً طويلاً، وكذا عملية تقدير

التعويض من طرف القاضي تأخذ وقتاً طويلاً وتتم بإجراءات معقدة، فإن تحديد مبلغ التعويض بموجب اتفاق مسبق من طرف المتعاقدين، من شأنه أن يجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء لتحديد مبلغ التعويض، وحتى في حالة وقوع خلاف بينهما حول مقدار الشرط الجزائي فإن القاضي يجد أمامه عقداً يتضمن مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم التنفيذ، وهو ملزم بالقضاء بهذا المبلغ، إلا إذا رأى سبباً لإنقاصه أو زيادته كما سنبين لاحقاً.

ثانياً: يضمن الشرط الجزائي تنفيذ بعض الالتزامات العقدية

هناك بعض الالتزامات العقدية تصلح أكثر من غيرها لتطبيق أحكام الشرط الجزائي وبالأخص العقود الزمنية أو المستمرة، حيث نجد أن عقود المقاولات تمثل مجالا خصباً لاتفاق أطراف العقد على وضع الشرط الجزائي، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول في البناء بدفع تعويض نقدي إن هو تأخر في إتمام البناء في تاريخ محدد،¹ فالملاحظ أنه غالباً ما يتم الاتفاق على تقدير قيمة التعويض مسبقاً عندما يتعلق الأمر بالالتزام بالقيام بعمل، إلا أن ذلك لا يمنع أن يتم الاتفاق على تحديد قيمة التعويض في تنفيذ الالتزامات الأخرى (الالتزام بإعطاء شيء، والالتزام بالامتناع عن عمل).

ثالثاً: تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض

إن قيام المتعاقدين بتقدير قيمة التعويض مسبقاً في شكل التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي الهدف منه تجنبهما منح طرف أجنبي عن العقد -القاضي- سلطة تقدير التعويض الناجم عن الضرر اللاحق بالدائن جراء عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، لأنهم يقومون بتقدير التعويض بأنفسهم، إلا أن ذلك لا يعني استبعاد تدخل القاضي المطلق في تحديد قيمة التعويض، حيث يجوز للقاضي في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد التدخل بناء على طلب الأطراف، تخفيض قيمة الشرط الجزائي أو زيادته تبعاً لظروف الدعوى، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مسبقاً على منع تدخل القاضي، لأن الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي

¹ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 16.

من النظام العام ولا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها طبقاً للفقرة 3 من المادة 184 ق.م.ج .

رابعاً: إعفاء الدائن من إثبات الضرر

صحيح أن الشرط الجزائي قد وضعه المتعاقدان لإعفاء الدائن من إثبات الضرر، فبمجرد عدم التنفيذ أو التأخير فيه يستحق المدين قيمة التعويض الاتفاقي، إلا أن الدائن مطالب بإثبات خطأ المدين والمتمثل في إخلاله بعدم التنفيذ الالتزام أو التأخير فيه.

خامساً: الشرط الجزائي وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية

إن نظام المسؤولية العقدية ليس مفروضاً على الأطراف بل يمكن لهما تعديل أحكامها إما بتشديدها أو بتخفيفها، والشرط الجزائي قد يؤدي هذا الدور، فقد يفهم من مبلغ الشرط الجزائي المنخفض أن أطراف العقد اتفقوا على تخفيف أحكام المسؤولية العقد، كما يمكن اعتبار مقدار الشرط الجزائي المرتفع كاتفاق على تشديد أحكام المسؤولية العقدية.¹

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تعويض يتم تقدير قيمة من طرف المتعاقدين مسبقاً كما أسلفنا، ومادام نوعاً من التعويض فهو يخضع لأحكامه، وعليه فإن الدائن لا يستحق مبلغ الشرط الجزائي إلا بتوافر شروط استحقاق التعويض، وهي شروط المسؤولية المدنية عموماً سواء كانت عقدية أو تقصيرية وهي (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية)، بالإضافة إلى إعدار المدين.

القاضي وهو بصدد إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي الذي أدرجه المتعاقدان في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق، يجب عليه قبل اتخاذ قرار تعديل أو

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 16.

إبطال الشرط الجزائي، أن يتحقق من توافر شروط المسؤولية العقدية التي هي أساس استحقاق المدين لقيمة الشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا، فيجب أن تتوفر فيه أركان المسؤولية العقدية.

ومن الأهمية بمكان في هذا الموضع أن نقوم بتعريف المسؤولية العقدية وتمييزها عن المسؤولية التقصيرية (أولا) ، قبل التطرق لأركان المسؤولية العقدية التي تمثل بدورها شروط استحقاق الشرط الجزائي (ثانيا).

أولا: تعريف المسؤولية العقدية وتمييزها عن المسؤولية التقصيرية

سنحاول التطرق إلى تعريف المسؤولية العقدية، ثم تمييزها عن المسؤولية التقصيرية.

1. تعريف المسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية عموما تحمل الشخص لنتائج أفعاله، أما في القانون المدني فمعناها محاسبة الشخص عن أفعاله التي تضر بالغير، وذلك بإلزامه بدفع التعويض للطرف المضرور، ويعد الفقيه البلجيكي سانكتولات Saintelette أول من وظف مصطلح المسؤولية بهذا المعنى في بداية القرن الثامن عشر 18م، وقد كان قبل ذلك يطلق عليه مصطلح العمل غير المشروع، أما الفقهاء المسلمون فقد عبروا عنها بمصطلح "الضمان" سواء كانت مسؤولية مدنية أو جنائية، إذ أن العبرة لدى هؤلاء ليس بمصطلح المسؤولية في حد ذاته وإنما بالنتيجة المترتبة على ذلك ألا وهو الضمان.¹

إذا فالمسؤولية العقدية هي تحمل المدين نتائج أفعاله المترتبة عن إخلاله بالتزاماته العقدية، أي تحمله مسؤولية دفع تعويض للدائن.

¹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني -المسؤولية المدنية-، ط 3، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011، ص 7-8.

2. تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فإذا كانت المسؤولية العقدية تنشأ عن إخلال المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، فإن المسؤولية التقصيرية تنشأ عن الإخلال بقاعدة قانونية مفادها "من يتسبب بالضرر للغير يلزم بالتعويض".

وقد كان سائدا في أواخر القرن 19م أن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تتميزان عن بعضهما من جميع النواحي تمييزا كاملا، سواء من حيث الأساس أو من حيث الأحكام، وقد دافعت عن هذا الرأي نظرية ازدواج المسؤوليتين، وعلى رأسها الفقيه البلجيكي سانكتلات Sainctelette والفقيه الفرنسي بونكاز Bonnecase، وفي المقابل وجدت نظرية وحدة المسؤولية التي تزعمها الفقهاء سافاتيي Savatier وبلانيول Planiol وريبار Ripert والإخوة هنري وليون مازو H et J. Mazeaud، ويرى هؤلاء أن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية هما مسؤولية واحدة وليست مزدوجة، وأنهما من طبيعة واحدة، تقوم كلتاها حين إخلال الفرد بما التزم به سواء نحو الغير أو القانون، والجزء فيهما واحد وهو التعويض، وأنهما لا تختلفان لا من حيث الأساس ولا من حيث الأحكام، وإذا كانت هناك فروق بينهما فهي ثانوية وليست جوهرية.¹

وفي العصر الحديث تقبل الفقه والقضاء فكرة ازدواجية المسؤولية المدنية،² وذلك بسبب أوجه الاختلاف العديدة التي تميز بينهما، والتي سنحاول شرحها في النقاط التالية:

- **من حيث الأهلية:** تفترض المسؤولية العقدية توافر أهلية التعاقد لنشوء العقد وقيام المسؤولية العقدية، أما المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز لقيامها طبقا للمادة 125 ق.م.ج التي تنص على أنه: (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدث بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا).

¹ العربي بلحاج، النظرية للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية-الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، المرجع السابق، ص 14-15.

² عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 18.

- **من حيث نوع الخطأ:** المسؤولية العقدية هي وليدة العقد والخطأ فيها هو الإخلال بالالتزام العقدي، ويتبع الخطأ العقدي في تكييفه ومداه ظروف التعاقد وما اتفق عليه أطراف العقد، أما المسؤولية التقصيرية فهي وليدة القانون، والخطأ فيها هو الإخلال بقاعدة قانونية أو التزام قانوني عام يتضمن عدم الإضرار بالغير، وبكفي لقيامها الخطأ الخفيف جداً، لأن معيار الخطأ التقصيري هو معيار الشخص الحريص جداً، أما معيار الخطأ العقدي فهو معيار الشخص العادي.¹

- **الإعذار:** يجب على الدائن في المسؤولية العقدية إعذار مدينه لكي يستحق التعويض طبقاً للمادة 179 ق.م.ج، إلا أنه تم استثناء بعض الحالات من الإعذار بموجب المادة 181 ق.م.ج، إلا أن القاعدة العامة لاستحقاق التعويض عن المسؤولية العقدية هي إعذار المدين، أما في المسؤولية التقصيرية فلا يلزم الدائن القيام بإعذار مدينه لاستحقاق التعويض طبقاً للمادة 181 ق.م.ج التي نصت على بعض الحالات التي استثنى فيها المشرع قيام الدائن بإعذار مدينه، ومنها إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر.

- **مدى التعويض:** التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المباشر المتوقع فقط، أما الضرر غير المتوقع فلا يشملته التعويض لأنه لم يدخل في حساب المتعاقدين، وفي هذا تنص الفقرة 2 المادة 182 ق.م.ج بأنه: (غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)، أما في المسؤولية التقصيرية فيلزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.²

- **من حيث التضامن:** تنص المادة 217 ق.م.ج على أنه: (التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون)، وعليه فإن التضامن في المسؤولية العقدية غير مفترض، إلا أنه يمكن للمسؤولين عن الضرر

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، المرجع السابق، ص 29.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، المرجع السابق، ص 30.

الاتفاق على التضامن فيما بينهم لدفع مبلغ التعويض، كما أن القانون قد ينص على أن التضامن مفترض بين المدينين في المسؤولية العقدية كالتزامات الناشئة في إطار عقد شركة التضامن حيث تنص المادة 1/551 من القانون التجاري على أنه: (الشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة) ، أما في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن مفترض بين المدينين إذا تعدد المسئولون عن الضرر طبقا للمادة 126 ق.م.ج: (إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض).

- **من حيث إثبات الالتزام:** يعتبر إثبات المسؤولية العقدية أيسر من إثبات المسؤولية التقصيرية، لأن الدائن في المسؤولية العقدية مطالب بإثبات وجود عقد بينه وبين المدين، كما أن عليه أن يثبت إخلال هذا الأخير بالتزامه العقدي، أما إثبات المسؤولية التقصيرية فقد يكون شاقا خاصة في المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ، حيث يتوجب على الدائن إثبات خطأ المدين ووقوع الضرر وإقامة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحقه، أما عن وسائل إثبات المسئوليتين، ففي المسؤولية العقدية، فالالتزام فيها مصدره العقد وهو تصرف قانوني يجب إثباته بالطرق التي حددها القانون، فإذا كان عقدا شكليا وجب إثباته بالمحرر الرسمي الذي يحرره الضابط العمومي المتمثل في الموثق أو صورة عنه، وبالنسبة للالتزام المدني الذي تفوق قيمته 100.000 دج فيتم إثباته بالكتابة أو ببقية أدلة الإثبات الأخرى (الإقرار، اليمين والقرائن)، لكن لا يجوز إثباته بالشهود طبقا للمادة 333 ق.م.ج: (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك)، بينما المسؤولية التقصيرية فهي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

- **التقادم:** يتقادم الالتزام والتبعية الدعوى الناشئة عن المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة تسري ابتداء من تاريخ إبرام العقد كأصل عام،¹ حيث تنص المادة 308 ق.م.ج على أنه: (يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة ...)، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات منها ما هو منصوص عليه قانوناً، فدعوى الاستغلال مثلاً تتقادم بمرور سنة من تاريخ إبرام العقد واحدة طبقاً للفقرة 1 من المادة 90 ق.م.ج: (ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة)، وتتقادم دعوى الغلط والتدليس بمرور خمس سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يكشف فيه طبقاً للفقرة 2 من المادة 101 التي جاء فيها: (...) وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي يكشف فيه...)، ومنها كذلك الاستثناءات الواردة في المواد 309 وما يليها ومن نفس القانون طبقاً لما جاء في المادة 308 السالفة الذكر بقولها: (... فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية).

أما التقادم في المسؤولية التقصيرية فيكون بمضي 15 سنة تسري من يوم وقوع العمل الضار طبقاً للمادة 133 ق.م.ج التي تنص على أنه: (تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر (15) سنة من يوم وقوع العمل الضار)، وكذلك دعوى التعويض الناشئة عن جريمة فإنها أيضاً تخضع للتقادم وفق أحكام القانون المدني طبقاً للفقرة 1 من المادة 10 ق.إ.ج²، بغض النظر عن آجال تقادم الدعوى العمومية أي عشر (10) سنوات في مواد الجنايات المادة 7 ق.إ.ج³، و ثلاث (3) سنوات في

¹ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 21.

² المادة 1/10 ق.إ.ج: (تتقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني)، الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، ج.ر.ج.ج، ع 40، الصادرة في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

³ المادة 7 ق.إ.ج: (تتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنايات بانقضاء عشر سنوات كاملة تسري من يوم اقتراف الجريمة إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة).

فإذا كانت قد اتخذت إجراءات في تلك الفترة فلا يسري التقادم إلا بعد عشر سنوات كاملة من تاريخ آخر إجراء. وكذلك الشأن بالنسبة للأشخاص الذين لم يتناولهم أي إجراء من إجراءات التحقيق والمتابعة)، المرجع نفسه.

مواد الجرح¹، وسنتان (2) في مواد المخالفات²، أما الجرائم التي استثنائها المشرع العقابي من التقادم فلا تتقادم الدعوى المدنية فيها أيضا طبقا للمادة 8 مكرر ق.إ.ج³

- من حيث الارتباط بالنظام العام: الأصل أن أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، فيمكن الاتفاق على تخفيف قواعد المسؤولية العقدية أو تشديدها طبقا للمادة 178 ق.م.ج⁴، إلا أنه ترد عليها بعض الاستثناءات كاستثناء الوارد في نفس الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر، وما جاء في المادة 184 ق.م.ج التي تنص على عدم جواز اتفاق أطراف العقد على مخالفة الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي. أما أحكام المسؤولية التقصيرية فهي كقاعدة عامة مرتبطة بالنظام العام، حيث لا يمكن الاتفاق مسبقا على مخالفة قواعدها، ومنه لا يمكن الاتفاق على أن يتنازل الدائن عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سيصيبه مسبقا، ويرجع ذلك إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية لها علاقة بالسلامة الجسدية والمالية للأفراد.⁵

¹ المادة 8 ق.إ.ج: (تتقادم الدعوى العمومية في مواد الجرح بمرور ثلاث سنوات كاملة، ويتبع في شأن التقادم الأحكام الموضحة في المادة 7)، المرجع نفسه.

² المادة 9 ق.إ.ج: (يكون التقادم في مواد المخالفات بمضي سنتين كاملتين، ويتبع في شأنه الأحكام الموضحة في المادة 7)، المرجع نفسه.

³ المادة 8 مكرر ق.م.ج: (لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجرح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة أو اختلاس الأموال العمومية. لا تتقادم الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الجنايات والجرح المنصوص عليها في الفقرة أعلاه)، المرجع السابق.

⁴ المادة 178 ق.م.ج: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا أن ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

وببطل كل شرط يقتضي الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي)

⁵ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 19.

ثانياً: شروط استحقاق الشرط الجزائي

يجب لاستحقاق التعويض أن تتوافر شروط استحقاق الشرط الجزائي، أو بالأحرى أركان المسؤولية المدنية عموماً، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، بالإضافة إلى وجوب توافر ركن رابع وهو الإعذار الذي يجب توافره لقيام المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، وسنتناول هذه الأركان تباعاً:

1. الخطأ العقدي

الخطأ هو الركن الأول في المسؤولية العقدية وبدون توافره لا يمكن الحديث عن المسؤولية العقدية، وعليه سنتناول تعريف الخطأ العقدي، ثم إثباته.

1.1. تعريف الخطأ العقدي

الخطأ ركن في المسؤولية المدنية عموماً، وهو في نفس الوقت أساسها، فلا يكفي أن يحدث ضرر لقيام المسؤولية في كلا النوعين من المسؤولية في معظم الأحيان، بل يجب أن يقع خطأ من جانب المدين لكي تقوم مسؤوليته.¹

ويقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، ويستوي في ذلك أن يرجع عدم التنفيذ إلى غش المدين وسوء نيته، أو عن إهماله، أو فعله المجرد من العمد أو الإهمال، أو حتى السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، إلا أن هذه الحالة الأخيرة تعفي المدين من تحمل المسؤولية لانعدام الرابطة السببية.²

ويمكن أن يتخذ الخطأ العقدي عدة صور، وهي عدم التنفيذ الكلي، التنفيذ الجزئي أو الناقص أو التنفيذ المعيب، والتنفيذ المتأخر، ومؤدى ذلك أن الخطأ يتوافر إذا لم يقم المدين

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، المرجع السابق، ص 62.

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون)، المرجع السابق، ص 536، عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، مصدران جديان للالتزام الحكم-القرار)، المرجع السابق، ص 169.

بتنفيذ التزامه كله أو بعضه، أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه، أو على نحو يخالف ما يوجبه القانون.¹

وبما أن الالتزام ينقسم من حيث الغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها إلى التزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فإن الخطأ العقدي يختلف بدوره باختلاف الهدف من الالتزام، وعليه نميز بين الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية:

أ. إذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة

يعد الفقيه ديموج DEMOGUE أول من قام بالتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة أو كما يطلق عليه أيضا الالتزام المحدد، وبين الالتزام بالوسيلة أو كما يطلق عليه الالتزام ببذل عناية، وقد تبنى الكتاب الفرنسيون بالإجماع هذه التفرقة، وجزء مهم من الفقه الذي أدخلها على القانون الوضعي الفرنسي الذي يشير إليها باستمرار، ويتمثل الهدف من التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية في معرفة الفرق في النظام القانوني للمسؤولية العقدية بين ما يتكبده المدين في حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للالتزام.²

ويتمثل التزام المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة بأن يحقق نتيجة ينتظرها الدائن، ولا يقتصر عمله على بذل جهد أو اتخاذ مسلك معين، بل يتعداه إلى تحقيق الغاية المنتظرة أيا كانت التكاليف، فالمدين ملزم بتحقيق نتيجة محددة، ويتعهد بالقيام بكل ما هو ضروري لتحقيقها تحت طائلة وقوعه في المسؤولية المدنية اتجاه الدائن باستثناء حالة القوة القاهرة.³

ويقع خطأ المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة من الالتزام، لأن مضمون أداء المدين هو الغاية والهدف الذين يسعى الدائن إلى تحقيقهما من إنشاء الالتزام، ومثال ذلك يقوم خطأ المدين في عقد البيع عند عدم نقله ملكية المبيع للمشتري، فعدم تنفيذ البائع

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 393.

² Christian LARROUMET, droit civil –les obligations le contrat– , t 3, 3^{eme} Ed, Ed ECONOMICA, Liban, 1996, P 47.

³ Marius Tchendjou, Droit de l'obligation, Vuibert, septembre 2015, France, P 09.

لالتزامه المتمثل في نقل ملكية المبيع للمشتري يشكل خطأ عقدياً، لأن مضمون التزام البائع وهدف المشتري من الالتزام هو نقل ملكية المبيع إليه.¹

وعليه فالدائن في الالتزام بتحقيق نتيجة يستحق التعويض عندما لا يكون راضياً عن النتيجة، وبمعنى أدق عندما لا تكون النتيجة المحققة هي نفسها التي كان يرجوها، فمسؤولية المدين عندئذ تقوم، دون حاجة الدائن إلى إثبات أن المدين لم يبذل العناية المناسبة لتحقيق النتيجة المرجوة.²

أما درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة فهي عناية الرجل المتبصر، وفي ذلك يقول السنهاوري: "...إن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات - الالتزامات بغاية- ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي، كان هناك خطأ عقدي في جانبه، أي كانت درجة تقصيره، بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه، فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً، وقد لا يكون مقصراً تقصيراً تافهاً...".³

ب. إذا كنا بصدد الالتزام ببذل عناية

الالتزام ببذل عناية وكما يسميه البعض الالتزام باتخاذ مسلك معين من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الغاية، أو هو التزام عام باتخاذ الحيطة والعناية، وهو الالتزام الذي يفرض على المدين أن يقوم ببذل جهد معين دون أن يكون ملزماً بتحقيق نتيجة أو غاية معينة.⁴

ففي هذا النوع من الالتزام فإن خطأ المدين لا يقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة التي يصبوا الدائن إلى تحقيقها، لأن مضمون أداء المدين ليس هو الغاية أو الهدف النهائي الذين يرمي إليهما الدائن، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي، وعليه

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 20.

² Christian LARROUMET, Op-Cit, P 48.

³ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، دار الرسالة للطباعة، بغداد العراق، 1975، ص 246.

⁴ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 404.

لقيام الخطأ العقدي في هذا النوع من الالتزام فإنه يجب على الدائن إثبات أن المدين قد قصر في بذل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة النهائية من العقد، ومثال ذلك التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض، فالهدف من وراء التزام المريض هو الشفاء، بينما الغاية من التزام الطبيب هي الوسيلة لشفاء المريض، وذلك ببذل العناية اللازمة لتحقيق الشفاء، من خلال التقيد بأعراف مهنة الطب، وعليه فإن أداء المدين ليس هو الغاية التي يرمي الدائن إلى تحقيقها، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي.¹

ويستند الفقه لمعرفة مدى التزام أو إخلال المدين بواجبه في الالتزام ببذل عناية إلى معيار عام ومجرد وهو سلوك الرجل العادي المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف، فما على المدين إلا اتخاذ درجة وسطى من العناية.²

وتقوم فكرة الرجل المعتاد على أساس مهم وهو الأخلاق، فإذا كان للمدين أن يكيف عنايته حسب الظروف، فهو مقيد بقيد أساسي وهو ألا يخالف الأخلاق، هذه الأخيرة هي العامل الأول الذي يواجهه الرجل المعتاد، إلا أن مفهوم الرجل المعتاد ليس له نموذج مطلق، فهو يختلف حسب الطائفة التي ينتمي إليها المدين أيا كانت طب، محاماة، هندسة... وغيرها.³

أما معيار الرجل المعتاد فهو معيار موضوعي، وقد أخذ به منذ القدم في القانون الروماني، والباحثون في القانون المدني الفرنسي، وكان يقرن بنظرية تدرج الأخطاء، ويرى بوتييه POTHIER أن الخطأ اليسير يتوسط الخطأ الجسيم والخطأ التافه، وأنه يتحدد تبعا للعناية التي يبديها الأشخاص المتبصرون أو الأشخاص المعتادون، وقد انتقل هذا المعيار إلى القانون المدني الفرنسي الحديث، ويؤكد ذلك تفسير العديد من الفقهاء أمثال تروبلون TROPLONG في عناية الرجل العادي أنها: "إبداء ذلك القدر من العناية الذي يبذله الناس المعتادون في حفظ أموالهم"، وقال لارومبر LAROMPert عن الرجل المعتاد أنه:

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 20-21.

² عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 248.

³ عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع نفسه، ص 273.

"هو الشخص المعنتي اليقظ، شأنه شأن هؤلاء الناس عامة ممن يهتمون بإدارة شؤونهم"، أما الكتاب المعاصرون فلم يخرجوا عن المعنى التقليدي للرجل المألوف حيث يرى دي باج DE PAGE أنه: "إنسان متبصر بدرجة اعتيادية"، وقال بلانيول PLANIOL و رادوان RADOUANT عن عناية الرجل المعتاد أنها: "العناية المعتادة من شخص يهتم بشؤونه، عناية متوسطة، لا أثر فيها للإهمال أو العجلة المفرطة".¹

وقد تم تكريس هذا المعيار في القانون المدني الجزائري بموجب الفقرة 1 من المادة 172 ق.م.ج: (في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك)، تقابلها حرفيا المادة 211 ق.م.م.

مما سبق نخلص إلى أن إثبات الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة أيسر منه في إثبات الخطأ في الالتزام ببذل عناية، ففي الأول يكفي إثبات الدائن عدم تحقق النتيجة لإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه وقيام الخطأ العقدي في حقه، بينما إثبات الخطأ في الالتزام ببذل عناية يستلزم إثبات إخلال المدين بواجباته استنادا إلى معيار الرجل العادي، الذي يوجد في نفس الظروف، وهنا يبرز دور القاضي في تقدير الخطأ في المسؤولية العقدية الذي يكون أكبر في الالتزام ببذل عناية من دوره في تقدير الخطأ في المسؤولية العقدية عنه في الالتزام بتحقيق نتيجة.

ت. معايير التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية

هناك معياران فقهيان للتمييز بين الالتزام بنتيجة، والالتزام ببذل عناية، وهما المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي.

بالنسبة للمعيار الموضوعي فقد أخذ الفقه بمعيار الاحتمال أو الغرر، فإذا كان الالتزام ممكنا وكانت النتيجة لا تنطوي على أي غرر أو احتمال فهو التزام بتحقيق نتيجة،

1 عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 278-282.

أما إذا كانت النتيجة المنتظرة من طرف الدائن محتملة، قد تتحقق وقد لا تتحقق فهو التزام ببذل عناية.¹

أما المعيار الشخصي فقد عبر عنه الفقهاء بقبول المخاطر من طرف الدائن، فقبول المخاطر من طرف المدين يعني أن الالتزام الذي نحن بصدده هو التزام ببذل عناية، ففي التزام الطبيب بالقيام بعملية جراحية، فإن المدين يقبل بمخاطر هذه العملية التي قد يكون مصيرها النجاح أم الفشل، وهنا الطبيب لا يسأل عن نجاح العملية الجراحية ولكنه يسأل عن التقصير الذي بدا من جانبه إذا أثبت المدين أنه لم يبذل العناية المطلوبة في إجراء العملية الجراحية، أما إذا لم ينطوي الالتزام على ما يفيد قبول الدائن للمخاطر، فإن الالتزام في هذه الحالة يكون التزاما بتحقيق نتيجة.²

1.2. إثبات الخطأ العقدي

يخضع إثبات الالتزام عموماً إلى قاعدتين فقهييتين، أولهما القاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن، وتجسدها المادة 323 ق.م.ج بقولها: (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه).

وثانيهما "الأصل في الذمة البراءة"، أي عدم مديونية الإنسان لأحد، وهذا هو حكم الظاهر، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يقوم بإثبات ذلك، فإذا جاء أحد الأشخاص وادعى على آخر بمبلغ معين، وجب عليه إقامة الدليل على ادعائه، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فإن عجز عن ذلك حكم عليه برفض دعواه دون أن يكلف المدعى عليه بتقديم أي دليل على براءة ذمته، أما إذا تمكن المدعي من إقامة الدليل، فإن الظاهر يؤدي إلى اعتبار المدعى عليه مديناً، فإما أن يسلم بالدين، وإما أن يدعي انقضائه أو براءته منه، وهو عندئذ يكون مدعياً على خلاف الظاهر، فينتقل إليه عبء الإثبات، فإذا أفلح حكم لصالحه وإلا حكم ضده.³

1 سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 170.

2 سعاد بوختالة، المرجع نفسه، ص 172.

3 رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 483.

إن مسألة إثبات الخطأ ونسبته إلى المدين هي عموماً مسألة حساسة ودقيقة لتعلقها بوقائع مادية، ومما لا شك فيه أن إثبات الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة أيسر منه في الالتزام ببذل عناية، فيكفي في الأول أن يقوم الدائن بإثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة من العقد لقيام الخطأ العقدي في ذمة المدين.¹

أما في الثاني فالأمر أصعب لأن الدائن ملزم بإثبات عدم بذل المدين العناية اللازمة لتحقيق النتيجة النهائية للالتزام، ولأن المدين في هذا الأخير ليس ملزماً بتحقيق النتيجة التي يصبوا إليها الدائن، فالتزامه لا يمثل سوى الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق هذه الغاية التي قد تتحقق وقد لا تتحقق، وعليه فإن مسألة إثبات الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة تتعدى مجرد إثبات عدم تحقيق النتيجة النهائية من الالتزام، وإنما تقتضي البحث في كيفية قيام المدين بالتزامه، وهي مسألة تتعدى نطاق معرفة القاضي الذي يقوم بالاستعانة بذوي الاختصاص الذين يزاولون مهنة أو حرفة المدين لإثبات مدى التزامه أو عدم التزامه بالقيام بعمله.

وعليه يستعين القاضي لإثبات خطأ المدين في الالتزام ببذل عناية كما أسلفنا إلى معيار موضوعي هو معيار الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف لمعرفة مدى التزام أو عدم التزام المدين بواجباته بالقياس على سلوك صاحب مهنته الذي يوجد في نفس الظروف، فإذا صرح الرجل العادي أنه كان ليسلك نفس مسلك المدين إن وجد في نفس الظروف، فإن الخطأ ينتفي في حق المدين ولا تقوم مسؤوليته العقدية، أما إن رأى الرجل العادي أن يتصرف تصرفاً مغايراً إن وجد في نفس الظروف وكان ليصل إلى النتيجة المرجوة فإن الخطأ يثبت في حق المدين، وتقوم مسؤوليته العقدية.

أما عن إثبات نسبة الخطأ إلى المدين فعملياً لا يكلف الدائن بإثبات ذلك، لأن إثباته للخطأ يكفي لتقوم قرينة على أن المدين قد أخطأ، وإذا أراد المدين التخلص من المسؤولية عليه أن يثبت أن الخطأ قد نشأ بسبب أجنبي لقطع علاقة السببية بين خطئه والضرر الذي أصاب الدائن.²

¹ Alain Sériaux, Op-Cit, P242.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 117.

2. الضرر

الضرر هو العنصر الثاني من عناصر المسؤولية المدنية عموماً، فلا مسؤولية بدون ضرر، فالضرر هو الدافع لإقامة مسؤولية المدين، فإذا لم يصب الدائن أي ضرر، ولو صدر عن المدين خطأ، فلا مجال لإقامة دعوى المسؤولية واستحقاق التعويض. وللإحاطة بالضرر كركن من أركان المسؤولية العقدية سنتناول فيما يلي تعريفه، ثم شروطه، وأخيراً إثباته.

2.1. تعريف الضرر

الضرر عموماً هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، وهو كل إخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت مادية أو أدبية،¹ وعليه يمكننا تعريف الضرر في مجال المسؤولية العقدية بأنه: " الأذى الذي يصيب الدائن نتيجة إخلال مدينه بأحد التزاماته العقدية ".

والضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية عموماً، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين لكي يستحق الدائن التعويض، بل يجب علاوة على ذلك أن يصيبه ضرر جراء هذا الخطأ، فإذا لم يوجد ضرر فلا محل للمسؤولية، كأن يوكل شخص محامياً لرفع استئناف فيتأخر المحامي في رفع الاستئناف حتى يفوت الميعاد، ويتبين أن الاستئناف كان ليرفض حتى لو رفع في الميعاد القانوني،² فبالرغم من تقويت المحامي لميعاد الاستئناف الذي يشكل خطأ عقدياً لإخلاله بأحد الالتزامات العقدية مع موكله وهي رفع الاستئناف خلال المدة القانونية، إلا أن المتعاقد لم يصبه ضرر نتيجة تقويت المحامي لميعاد الاستئناف، لأن الاستئناف كان ليرفض في كل الأحوال، أما لو كان الاستئناف ليقبل لو رفع في ميعاده القانوني فإن الضرر يتوافر في هذه الحالة، وبناء عليه تقوم المسؤولية العقدية في حق المحامي.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري -الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، المرجع السابق، ص 143.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 958.

والضرر الذي يلحق الدائن إما أن يكون ماديا أو معنويا، ويشمل التعويض كلا الضررين، ويتمثل الضرر المادي في كل ما يصيب الشخص من الناحية المالية، ويكون الضرر في المسؤولية العقدية غالبا ماديا،¹ كما في حالة تلف البضاعة نتيجة حريق أتى على المستودع الذي تتواجد به.

أما الضرر المعنوي أو الأدبي فهو كل ما يصيب الشخص من ناحية الشعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف، وقد يترتب عن إخلال المدين بالتزامه ضرر أدبي،² وهذا النوع من الضرر يلحق الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، يكون قد لحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية، كالعقيدة الدينية، أو الأفكار الخلقية،³ وكمثال عن ذلك الضرر المعنوي الذي يصيب الفنان جراء إخلال شركة الإنتاج عن تنفيذ التزامها معه في المشاركة في فيلم أو مسلسل.

2.2. شروط الضرر

يتعين أن تتوفر في الضرر الموجب للتعويض الشروط التالية:

- أن يكون الضرر محققا أو مستقبليا، ويكون التعويض عن الضرر الذي تحقق في الحال أي الذي وقع بالفعل،⁴ كما لو تلفت البضاعة فعلا، أما التعويض عن الضرر المستقبلي أي الذي لم يقع بعد، فيشترط أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، وإذا لم يستطع القاضي تقدير حجم التعويض عن هذا الضرر في الحال، فيمكنه حفظ حق المضرور في المطالبة بالتعويض حين يتحقق هذا الضرر، كما يمكنه الحكم

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 399.

² محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع نفسه، ص 399.

³ سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 44.

⁴ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري -الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع)-الإثراء بلا سبب-والقانون)، المرجع السابق، ص 158.

بتعويض مؤقت حتى يتحقق الضرر كله، أما الضرر المحتمل أي الذي لم يقع فعلا وغير محقق الوقوع في المستقبل، فلا يكون محلا للتعويض إلا إذا وقع فعلا.¹

- أن يكون الضرر متوقعا، يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر متوقعا، أي كان في وسع المتعاقدين توقع حدوثه أثناء التعاقد، ما لم يكن المدين قد أخل بالتزامه عمدا فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية.²

- أن يكون الضرر مباشرا، يقتصر التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية عموما سواء أكانت عقدية أم تقصيرية على الضرر المباشر فقط، وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، والضرر المباشر يجب التعويض عنه نظرا لقيام علاقة السببية بينه وبين خطأ المدين، أما الضرر غير المباشر فهو ذلك الضرر الغير عادي والذي لا يحدث نتيجة لخطأ المدين حسب المجرى العادي للأمور، وهو ليس محلا للتعويض لأن رابطة السببية تنقطع بينه وبين خطأ المدين.³

2.3. إثبات الضرر

تبعاً للقاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، يقع عبء إثبات الضرر على عاتق الدائن، لأنه المدعي في المسؤولية العقدية،⁴ لأن الضرر لا يفترض بمجرد ثبوت الخطأ، فقد يخل المدين بالتزامه ومع ذلك لا يصيب الدائن ضرر من ذلك، وفي المقابل إذا أراد المدين درء المسؤولية العقدية عن نفسه يقع عليه إثبات عدم تعرض الدائن للضرر طبقاً للفقرة 1 من المادة 184 ق.م.ج التي جاء فيها: (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 400.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 959.

³ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 400.

⁴ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 331.

إلا أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن القانون يفترض الضرر في حالة التأخير في الوفاء فيعفي الدائن من إثبات إصابته بالضرر، وفي هذا تنص المادة 186 ق.م.ج على أنه: (إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغاً من النقود عين مقدراه وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير).

وكما سبق أن وضحنا بالنسبة لركن الخطأ فإذا كان التزام المدين يتضمن تحقيق غاية فإن الضرر يتمثل في عدم تحقق النتيجة المرجوة، أما إذا كان التزامه يتضمن بذل عناية فعليه إثبات الضرر الذي أصابه، وله في ذلك أن يسلك جميع طرق الإثبات باعتبار الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وللمحكمة سلطة تقديرها.

3. العلاقة السببية

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية، وهي ركن متفق عليه سواء كانت هذه الالتزامات تعاقدية، أم كانت التزامات تقصيرية، وهي ركن مستقل عن باقي الأركان الأخرى.

وعليه سنتطرق إلى تعريف العلاقة السببية، ثم إثباتها، وحالات انتفاءها

3.1. تعريف العلاقة السببية

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر بل يجب توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر في أي مسؤولية مهما كانت طبيعتها،¹ بمعنى أنه يجب أن يكون الضرر الحاصل للدائن هو نتيجة لخطأ المدين، فالضرر الذي أصاب الدائن هنا يكون غير ناشئ من خطأ المدين، بل خطأ الدائن نفسه.

وعلاقة السببية أو رابطة السببية هي قيام علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر، أي بين خطأ المسؤول، والضرر الذي لحق المضرور، فعلاقة السببية هي إذن ركن مستقل عن

¹ François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil –Les Obligations–, 7^{ème} Ed, Dalloz, 1999, P 541.

الخطأ، وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ، كما لو أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعة، فالسببية قائمة، والخطأ غائب، كما قد يوجد الخطأ، ولا توجد علاقة السببية، كما في المثال الذي ساقه الأستاذ مارتو، كأن يدس شخص لآخر سما وقبل أن يسري في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس، فهنا خطأه هو دس السم، والضرر هو موت المصاب، ولكن لا علاقة سببية بينهما إذ أن الموت سببه إطلاق النار بالمسدس، لا دس السم، فوجد الخطأ، وانتقلت العلاقة السببية.¹

3.2. إثبات رابطة السببية

المشرع المدني الجزائري لم يلق على الدائن عبء إثبات وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر، بل افترض أن الخطأ راجع إلى الضرر، وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين الخطأ والضرر،² وذلك في نص المادة 176 ق.م.ج على أنه: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

فطبقاً للمادة 176 ق.م.ج أعلاه فإن رابطة السببية مفترضة بين خطأ المدين والضرر الذي وقع للدائن، ما لم يثبت أن الضرر الواقع هو نتيجة لسبب لا يد له فيه، وعليه فالمدين يمكنه نفي علاقة السببية إذا أثبت أن الضرر راجع لسبب لا يد له فيه.

3.3. حالات انتفاء رابطة السببية

قد يحدث أحيانا أن يقع خطأ من المدين، ويصيب الدائن ضرر ما، إلا أن الضرر الذي وقع للدائن قد لا يكون نتيجة خطأ المدين دائماً، وبالتالي لا يمكن نسب الضرر في هذه الحالة لخطأ المدين، وذلك بسبب انتفاء العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الحاصل للدائن طبقاً للمادة 176 ق.م.ج أعلاه.

¹ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 45-46.

² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون-الحكم-القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 184.

وعليه فإن رابطة السببية تنقطع بالسبب الأجنبي، الذي يمكن تعريفه بأنه: "هو كل ظرف أو حدث مستقل عن شخص المدعى عليه، أي بعيدا عن المخطئ، لا يد له فيه، فلا ينسب إليه، ويكون هذا الظرف هو السبب في إحداث الضرر أو يشارك في إحداثه، ويترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلها أو بعضها"¹.

ونجد أن المادة 127 ق.م.ج قد عدت الحالات التي تنتفي بها رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك بقولها: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك)

وعليه فإن استحالة التنفيذ الناشئة عن السبب الأجنبي، والتي تنفي بدورها رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، قد تكون إما بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو بسبب خطأ الدائن نفسه، أو بسبب خطأ الغير، وهذا ما سنتناوله تباعا، كما ارتأينا أيضا تناول الظروف الطارئة، لأنه قد يحدث أحيانا أن تعترض العقد الذي يتضمن شرطا جزائيا حوادث طارئة، فيقع التساؤل حولها.

3.3.1. انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب القوة القاهرة أو

الحادث المفاجئ

هناك من الفقهاء من يفرقون بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، لعدة أسس يطول شرحها،² إلا أن جمهور الفقهاء ومن بينهم السنهاوري يرى أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح، وهذا ما أخذ به القضاء،³ إذا فالقوة القاهرة أو

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 607.

² لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام - العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون -)، ج1، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د س ن، ص 876 وما يليها.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام - العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون -)، ج1، المرجع السابق، ص 877.

الحادث الفجائي مترادفان لمعنى واحد وهو حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه، ولا يمكن دفعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام.¹

وتعد القوة القاهرة أو الحادث الفجائي كما سبق لنا التطرق إليها سببا لانقضاء الالتزام، لأنها تجعل تنفيذه أمرا مستحيلا، وبالتالي لا يمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ التزام قد أصبح مستحيلا بسبب لا يد له فيه، كما لا يمكن محاسبته وإلزامه بتعويض الضرر الناتج عنه، وعليه فإذا كان إخلال المدين بتنفيذ التزامه ناتجا عن القوة القاهرة فإن ذلك يقطع رابطة السببية بين خطأه والضرر الذي وقع للمدين.

فالمدين يمكنه أن يدفع بإتلاف الشيء بقوة القاهرة²، وبناء على ذلك يعفى المدين من التعويض إذا كانت تقع عليه تبعة الهلاك، وفي هذا الصدد فإن من الأهمية بمكان أن نوضح على أي متعاقد تقع تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة، لكي نحدد متى تنقطع علاقة السببية بسبب القوة القاهرة ويعفى المدين من التعويض تبعا لذلك، ومتى تقوم مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه.

فمثلا في عقد البيع ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم، فيتحمل البائع تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة قبل تسليم المبيع حتى ولو انتقلت الملكية للمشتري إلا إذا أثبت أنه أعذره لتسلم المبيع، ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع إذا تسلم المبيع حتى ولو لم تنتقل إليه الملكية³، إلا أنه في حالة المبيع المعيب تبقى دعوى الضمان قائمة حتى ولو هلك المبيع بسبب القوة القاهرة طبقا للمادة 382 ق.م.ج التي تنص على أنه: (تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان)، تقابلها المادة 451 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان)، ويستنتج من هذه المادة أن دعوى ضمان العيوب الخفية لا تقتضي بهلاك المبيع في يد المشتري بعد التسليم.

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 608.

² مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 157.

³ محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 41.

وفي الأخير نخلص إلى أن التزام المدين ينقضي بالقوة القاهرة، متى توافرت شروطها لكن لا ينقضي هذا الالتزام إذا كان إتلاف الشيء محل الالتزام يرجع إلى خطئه، كما أن انقضاء الالتزام بسبب القوة القاهرة لا يحول دون مساءلة المدين في عقد البيع عن العيوب الخفية في المبيع، لأن التزامه بضمان العيوب الخفية مستقل عن التزامه بالتنفيذ.

3.3.2. انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب خطأ الدائن

تنص المادة 177 ق.م.ج على أنه: (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه) تقابلها المادة 215 ق.م.م: (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه)

إذا كان الخطأ من فعل الدائن وحده فإن الأمر لا يطرح أي مشكل فتتفتي رابطة السببية ولا تقوم أي مسؤولية في حق المدين مادام بعيدا كل البعد عن ذلك الضرر، لكن يختلف الحال لو صدر من المدين خطأ في نفس الوقت مع خطأ الدائن، فهنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة استغراق أحد الخطأين للآخر

ويظهر ذلك في صورتين، الأولى أن يفوق أحد الخطأين الخطأ الآخر في الجسامة أي عمديا، أما الثانية أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

فيما يخص الصورة الأولى، إذا كان أحد الخطأين عمدي وصدر عن الآخر خطأ غير عمدي، فإن مسؤولية المدين لا تقوم إذا كان هو من صدر عنه ذلك الخطأ الغير عمدي، أما إذا كان صاحب الخطأ العمدي فلا مجال لنفي مسؤوليته العقدية، لأنه هو الذي قصد إحداث الضرر، وكمثال عن ذلك أن يلتزم المدين بنقل بضاعة من مكان لآخر بموجب عقد، فإن التزام المدين هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث أن المطلوب منه هو أن يوصل البضاعة في الوقت المحدد، فإذا تعمد الدائن تعطيل محرك الشاحنة مثلا، وفي نفس الوقت ينهض المدين في وقت متأخر قليلا عن وقت الانطلاق، فإن خطأ الدائن في هذا الصدد يستغرق خطأ المدين، لأن النهوض المتأخر ليس هو الذي أدى إلى إخلاله بالتزامه

بتحقيق النتيجة المطلوبة، وإنما تعطيل الشاحنة هو الذي كان عائقاً أمام تحقيق النتيجة، أما إذا كان المدين هو المتعمد في ارتكاب الخطأ فلا مجال للاحتجاج بخطأ المضرور.

أما الصورة الثانية وهي أن يكون أحد الخطأين نتيجة لخطأ الآخر، فإذا كان خطأ الدائن هو نتيجة لخطأ المدين، فإن خطأ المدين يكون قد استغرق خطأ الدائن، ويعتبر وحده المسئول عن إحداث الضرر، أما إذا كان خطأ المدين هو نتيجة لخطأ الدائن، فيمكن له نفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أن الضرر الحاصل هو نتيجة لخطأ الدائن.

الحالة الثانية: حالة الخطأ المشترك

في هذه الحالة يشترك كل من خطأ المدين وخطأ الدائن في إحداث الضرر، أي أن هناك نوعاً من اقتسام المسؤولية بين المدين والدائن، ويملك القاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى استحقاق الدائن للتعويض، وتوزيع نسبة المسؤولية على المتسببين في الضرر ويكون ذلك على أساس جسامه الخطأ الذي صدر من كل مسئول.

وتدخل في هذه الحالة صورة رضاء الدائن بالضرر، فالقاعدة أن رضاء الدائن أو المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدين صفة الخطأ، فالمهندس يكون مخطئاً لو نفذ تصميمًا معيَّناً حتى ولو رضي عميله بهذا التصميم، فالمهندس قد التزم بتحقيق غاية وهي تنفيذ تصميم معين، فإذا كان هذا التصميم معيَّناً، ليس له في حالة انهيار البناء التحجج برضاء عميله لدفع مسؤوليته، إلا أنه في حالات أخرى قد يصل رضاء المضرور بالضرر إلى استغراق خطأ المدين، كما في حالة الشخص الذي امتطى سيارة وهو عالم بعدم سلامتها وتعرض إلى حادث نتيجة العطب الذي بها، ففي هذه الحالة المضرور أخطأ عندما رضي بالضرر، لذلك يستطيع صاحب السيارة دفع المسؤولية عن نفسه بالاحتجاج برضاه، إلا أن هذا الرضاء لا يعفي كلياً صاحب السيارة من المسؤولية وإن كان يخففها، لذلك تدخل هذه الصورة عادة في الاشتراك في الخطأ، لأن رضاء الدائن هو خطأ من جانبه، ويشكل اشتراكاً في إحداث الضرر الذي وقع له.

3.3.3. انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب فعل الغير

إن ما سبق بيانه بصدد حديثنا عن خطأ المدين ينطبق على خطأ الغير، الذي يمكن أن يستغرق خطأ المدين، كما يمكنه أن يشترك معه في إحداث الضرر، وعليه نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: استغراق أحد الخطأين للآخر

إذا استغرق أحد الخطأين الآخر كان الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر، نكون بصدد استغراق خطأ للآخر كما سبق بيانه إذا كان الخطأ متعمداً أو كان نتيجة للخطأ الأول، فبالنسبة للصورة الأولى تنتفي علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الواقع لدائنه إذا تعمد الغير ارتكاب خطأ يحول دون تنفيذ الالتزام، وكمثال عن ذلك أن يعيث شخص من الغير بمحرك الشاحنة التي من شأنها نقل بضاعة الدائن، فيتأخر المدين الذي تأخر قليلاً في الاستيقاظ في الوقت المحدد عن إيصال البضاعة في الوقت المحدد، فهنا خطأ الغير العمدي يكون قد استغرق خطأ المدين في الاستيقاظ مبكراً الذي هو خطأ غير عمدي، لأن إخلال المدين عن تنفيذ التزامه يرجع إلى العطل في محرك الشاحنة وليس في تأخر المدين في الاستيقاظ مبكراً.

أما بالنسبة للصورة الثانية فإذا كان خطأ المدين ما هو إلا نتيجة لخطأ الغير، بحيث يستغرق خطأ الغير خطأ المدين فلا يمكن إقامة المسؤولية العقدية في حق المدين، وتنتفي رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الحاصل للدائن، وتقوم المسؤولية في حق الغير وحينئذ تسمى بالمسؤولية التقصيرية وليس العقدية، لأن الغير ليس طرفاً في العقد.

الحالة الثانية: اشتراك المدين والغير في الخطأ

فإذا اشترك المدين والغير في الخطأ فيعد كلاهما مسئولاً عن الضرر بقدر خطئه، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير نسبة خطأ كل منهما وعليه يقدر التعويض الواجب على كل منهما.

رابعاً: الإعذار

تنص المادة 179 ق.م.ج على أنه: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك) وهو نفس مضمون المادة 218 من ق.م.م.¹، وعليه فإن إعذار المدين هو شرط أساسي لاستحقاق الدائن للتعويض.

1. تعريف الإعذار

يقصد بإعذار المدين وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني، فقد يحل أجل تنفيذ الالتزام لكن الدائن يتغاضى عن ذلك على سبيل التسامح، ويعتبر كأن لم يصبه ضرر مادام لم يعذر المدين،² وعليه فإن الإعذار هو الوسيلة القانونية التي بمقتضاها يوضع المدين في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه، فإذا أراد الدائن الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه جراء عدم تنفيذ مدينه لالتزامه عليه أن يوجه له إعذاراً قانونياً.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها ملف رقم 141951 - غير منشور - المؤرخ في 1997/03/12، على ضرورة إعذار الدائن لمدينه لاستحقاق التعويض، وقد جاء في القرار ما يلي: "حيث وبشأن طلب تسديد ثمن إيجار الشاحنة الثانية فإن هؤلاء القضاة احترمو مقتضيات المادتين 179-180 من القانون المدني، والتي تجعل بصفة آمرة استحقاق التعويض لصالح الدائن إلا بعد إعذار المدين، هذا فضلاً عن كون أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على إعفاء الدائن من القيام بهذا الإجراء، بل لا ينظر أصلاً لهذه النقطة. فيستنتج من ذلك أن الفرع الثاني من الوجه الأول وكذا الوجه الثاني غير سديدين أيضاً، مما ينبغي رفض الطعن".³

¹ المادة 218 قانون مدني مصري: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص القانون على غير ذلك)
² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 830.

³ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 124-125.

وفي قرارها أيضا ملف رقم 1009298 المؤرخ في 10/09/2015، اعتبرت أن المبدأ هو وجوب توجيه الإعذار للمدين، بغرض تسديد الدين، ما دام الدائن (البنك) لم يوقع جدول الاستهلاك الذي يبين آجال الاستفادة وأداء الدين، وقد جاء في هذا القرار أنه: "لا يمكن التغاضي عن الإعذار، كما لا يمكن اعتبار إقامة الدعوى الحالية بمثابة الإعذار".¹

2. كيفية الإعذار

تنص المادة 180 ق.م.ج على أنه: (يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا عن اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر)

وعليه فإن الأصل أن يتم إعذار المدين بتوجيه إنذار له، ويتمثل هذا الأخير في ورقة رسمية يعدها المحضر القضائي،² ويقوم بتبليغها للمدين طبقا لقواعد التبليغ الرسمي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتولى تبليغه في موطنه إما شخصا، أو إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار طبقا للمادة 406 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1009298 المؤرخ في 10/09/2015، مجلة المحكمة العليا، ع 02، السنة 2015، ص 200-201.

² المادة 12 من القانون رقم 06-03 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي: (يتولى المحضر القضائي:

- تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ،
- تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي، وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي،

- القيام بتحصيل الديون المستحقة وديا، أو قضائيا أو قبول عرضها أو إيداعها،

- القيام بالمعاينات أو استجوابات أو إنذارات، بناء على أمر قضائي دون إبداء رايه.

وزيادة على ذلك، يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحتة، أو إنذارات دون استجواب، أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف)، القانون رقم 06-03 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 8 صفر 1427 الموافق 8 مارس 2006، العدد 14.

فإذا لم يوجد الإنذار، فيكفي الإعذار بما يقوم مقام الإنذار، وذلك بأية ورقة رسمية تظهر بوضوح رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزاماته، من ذلك التنبيه الرسمي الذي يسبق التنفيذ، ومن ذلك أيضا محضر الحجز، أما إذا كانت الورقة غير رسمية ككتاب ولو كان مسجلا، أو برقية فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفي، لأن النص التشريعي أجاز الاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء آخر، فمن باب أولى أن يجوز الاتفاق على اعتبار الورقة غير الرسمية إنذارا.¹

أما بالنسبة للإعذار عن طريق البريد فقد نصت المادة 180 ق.م.ج على هذا الطريق لكن لم تبين طريقته، لذلك يترك تقديره للقاضي، وهو معمول به في فرنسا، حيث أجازت بعض أحكام القضاء الفرنسي حصول الإعذار بخطاب مسجل بالبريد.²

3. الحالات التي لا ضرورة فيها لإعذار المدين

تنص المادة 181 ق.م.ج على أنه: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم أنه مسروق، أو أي شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه).

يفهم من المادة أعلاه أن توافر إحدى هذه الحالات يعفي الدائن من إعذار مدينه، وأول هذه الحالات تعذر تنفيذ الالتزام أو عدم جدواه بفعل المدين، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه، وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله، وعليه فإن الدائن يستحق التعويض دون حاجة إلى إعذار المدين، أما لو كانت استحالة التنفيذ نشأت

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 832-833.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الجزائري) (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 54.

بفعل أجنبي عن المدين فإن الالتزام ينقضي، وكمثال عن هذه الحالة أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين، فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه كالتزام المحامي باستئناف الحكم الابتدائي، فيفوت أجل الالتزام دون أن يستأنف،¹ هنا لا فائدة من إعداره لأن فوات الأجل معناه سقوط الحق في الاستئناف، والإعذار كما بينا سابقا هو لفت انتباه المدين إلى تأخره في تنفيذ التزامه، وإبداء رغبة الدائن في تنفيذ الالتزام.

الحالة الثانية تتمثل في كون محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر أي العمل غير مشروع، هي أيضا حالة لا تتطلب قيام الدائن بإجراء الإعذار، لأن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام وأضر بالغير، لم يعد التنفيذ العيني ممكنا، وترتب في حقه الالتزام بالتعويض، ومن ثم فلا جدوى من إعداره،² كما أن الإعذار لا يتصور إلا في الالتزامات التعاقدية، ومن ثم فلا ضرورة للإعذار حيث يكون محل الالتزام تعويضا عن عمل غير مشروع.³

الحالة الثالثة هي كون محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، لأن المدين في هذه الحالة يكون سيء النية، ويجب عليه رد الشيء إلى صاحبه أي الدائن، دون حاجة إلى إعداره من طرف هذا الأخير.⁴

الحالة الرابعة وهي تصريح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه، فهذا التصريح الثابت بالكتابة يغني الدائن عن إعدار المدين، لأن الجدوى من الإعذار هو وضع المدين في حالة التأخر عن تنفيذ الالتزام، وتصريح المدين كتابة أنه لا ينوي القيام بتنفيذ التزامه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 837.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 838.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 55.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 835.

بالإضافة إلى أنه إقرار من طرفه على عدم نيته لتنفيذ التزامه، هو دليل على أنه يعلم أنه متأخر في تنفيذ التزامه، وبالتالي فلا فائدة من إعداره.

بالإضافة إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 181 ق.م.ج أعلاه، نص المشرع الجزائري في المادة 180 ق.م.ج على جواز اتفاق الأطراف بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر، وتعد هذه الحالة إعفاء اتفاقي من الإعدار.

4. النتائج القانونية المترتبة على الإعدار

يترتب على قيام الدائن بإعدار مدينه جملة من النتائج القانونية نلخصها في النقاط التالية:

- يستطيع الدائن إجبار مدينه على الوفاء ومطالبته بالتعويض عن جميع الأضرار التي قد تلحقه بعد الإعدار بسبب التأخر في التنفيذ.¹
- المدين يصبح مسئولاً عن التعويض لإخلاله بالتزامه وذلك منذ تلقيه الإعدار، أما الفترة التي تسبق الإعدار فلا يسأل عنها ولا يلزم بتعويض الدائن عن التأخر خلالها، لأن الدائن يعد قد رضي بهذا التأخر، ولم يصبه ضرر عن هذا التأخير مادام لم يقدم إعداره خلالها،² ولأن المادة 179 ق.م.ج نصت صراحة على أنه: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك).
- انتقال تحمل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر، وكما هو معلوم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم مثلا تقع على المدين بهذا الالتزام إذا كان الالتزام تبعياً، وتقع على المالك إذا كان الالتزام مستقلاً، فبعد إعدار المدين بهذا الالتزام أو المالك للطرف

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام -دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 57.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام -الإثبات-آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 840.

الآخر في العقد تنتقل تبعة الهلاك إلى المعذر،¹ وكمثال آخر تقع تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة في عقد الوديعة على المودع أي الدائن إذا هلك الشيء تحت يد المودع لديه أي المدين قبل الإعذار، لكن لو قام الدائن بإعذار المدين بتنفيذ التزامه وهو تسليم الشيء للمودع ولم يقم بتنفيذ ذلك، ففي هذه الحالة فإن تبعة الهلاك تقع على المدين.

إلا أنه إذا أثبت المدين المعذر أن الشيء كان ليهلك في يد الدائن لو أنه سلم إليه، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعذاره وانقضى التزامه طبقاً للفقرة 2 المادة 168 ق.م.ج التي نصت على أنه: (إذا أثبت أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل بتحمل تبعة الحوادث المفاجئة)، أما الشيء المسروق فتبعة هلاكه تقع على السارق حتى ولو أثبت أن الشيء كان ليهلك في يد مالكه طبقاً للفقرة 3 من المادة 168 ق.م.ج: (على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق).

- مطالبة الدائن بفسخ العقد التبادلي بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه² طبقاً للفقرة 1 من المادة 119 ق.م.ج التي نصت على أنه: (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

- في حالة تعدد المدينين فإن قيام الدائن بإعذار أحد المدينين المتضامنين لا يسري مفعوله إلا في حق المدين المعذر فقط.³

فإذا اجتمعت أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة سببية، بالإضافة إلى قيام المدين بتوجيه إعذار للمدين، قامت المسؤولية العقدية في ذمة المدين، وجاز للدائن مطالبته بالتعويض، وبما أن أطراف العقد بموجب الشرط الجزائي قد اتفقا وحددا مسبقاً قيمة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 841.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 57.

³ موريس نخلة، المرجع السابق، ص 182.

التعويض الواجب دفعه من قبل الطرف الذي قد يخل بالتزاماته، فبمجرد إخلال المدين بالتزامه وتلقيه إعدارا من طرف الدائن، يقوم بتسديد قيمة الشرط الجزائي المقرر في العقد.

أما إذا قام نزاع بين طرفي العقد بشأن مقدار الشرط الجزائي فلهما الحق في الالتجاء إلى القضاء وطلب تدخل القاضي لحل النزاع وإعادة التوازن المالي للعقد، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني في هذا الفصل.

المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي

تعد خاصية الاتفاقية أهم شرط يميز الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، الذي يتم الاتفاق على إدراجه في العقد أو في ملحق به، كما يتم الاتفاق على تحديد قيمته باتفاق أطراف العقد دون تدخل أي سلطة أخرى، فهو تعويض عن الضرر يدفعه المدين للدائن بمجرد إخلاله بتنفيذ التزامه دون تدخل القضاء فهو تعويض محدد سلفا خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي بأن القاضي هو المختص بتحديد التعويض، وعليه فإن الدائن يستحق مبلغ الشرط الجزائي بمجرد توافر أركان المسؤولية العقدية أو شروط استحقاق الشرط الجزائي.

إلا أنه إذا حدث نزاع بين طرفي العقد بخصوص قيمة الشرط الجزائي بعد وقوع الضرر للدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه، وكانت قيمة الشرط الجزائي قد أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد، جاز للقاضي المدني التدخل استثناء لتعديل قيمة الشرط الجزائي.

والقاضي في إطار ممارسة سلطته في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي، عليه أولاً التحقق من صحة الشرط الجزائي وشروط استحقاقه (المطلب الأول)، بعد ذلك يمكنه ممارسة سلطته إزاء الشرط الجزائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في التحقق من صحة الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في التحقق من صحة الشرط الجزائي (الفرع الأول)، ثم سلطته في التحقق من شروط استحقاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في التحقق من صحة الشرط الجزائي

تتمثل سلطة القاضي المدني كقاضي موضوع في التحقق من صحة الشرط الجزائي، في مراقبة تكييف الشرط الجزائي (أولاً)، و التحقق من مشروعيته (ثانياً).

أولاً: مراقبة تكييف الشرط الجزائي

المقصود بتكييف العقد إعطائه الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو عقد بيع أو هبة أو وديعة مثلاً،¹ وتكييف العقد هو عملية قانونية يقوم القاضي بإجرائها من تلقاء نفسه، دون طلب من أطراف العقد، وله كامل السلطة في إعطاء التكييف المناسب للعقد بعد دراسة أركانه وشروطه وآثاره، ولا يلتزم بالتكييف الذي يضيفه المتعاقدان على العقد، اللذان قد يعمدان إلى تسمية عقد بغير اسمه لإخفاء عقد آخر، كعقد البيع الذي يستر عقد هبة.

ويدخل تكييف العقد في المهام الرئيسية للقاضي، ولا يعد بأي شكل من الأشكال تدخلاً في العقد أو خرقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأنه لا يزيد أو ينقص أو يعدل شيئاً في العقد.

والقاضي وهو بصدد تكييف العقد يقوم بتكييف الشروط التي يتضمنها هذا الأخير باعتبارها جزء لا يتجزأ منه، ومنها الشرط الجزائي، فأطراف العقد خشية أن يخل أحدهم بتنفيذ التزامه يقومون بإدراج شرط أو بند في العقد ويطلقون عليه تسمية الشرط الجزائي أو

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 304.

التعويض الاتفاقي، إلا أن القاضي بموجب سلطته في تكيف العقد غير ملزم بقبول التسمية التي أطلقها المتعاقدون على هذا الشرط، بل يدخل في صلاحياته البحث والتأكد من أن هذا الشرط الذي أمامه يشكل شرطا جزائيا، لأن الأطراف غالبا ما يتمسكون بالتكيف الذي يناسبهم والذي قد يخالف الحقيقة، أما القاضي فهو ملزم بالكشف بتحري الحقيقة وإعطاء الوصف الحقيقي للعقد و شروطه، وذلك تمهيدا لمعرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق للنزاع المعروض عليه.¹

ثانيا: التحقق من مشروعية الشرط الجزائي

لانعقاد العقد أصلا يجب أن يكون محله وسببه مشروعين أي غير مخالفين للنظام العام والآداب العام في المجتمع، والقاضي عند مراقبته للعقد عموما يجب أن يتحقق من مشروعية محله وسببه، وهو بصدد مراقبة وجود الشرط الجزائي لابد له من التحقق من مشروعية الشرط الجزائي، فإذا تبين للقاضي أن الالتزام الأصلي غير مشروع أو أن الشرط الجزائي مخالف للنظام العام والآداب العامة قضى ببطلانه.²

والشرط الجزائي المشروع يجب ألا يكون مخالفا لقاعدة قانونية أمرة، ومن أمثلة ذلك في القانون الجزائري القانون رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، فإذا تعرض شخص لأضرار جسمانية نتيجة حادث مرور لا يجوز له أن يتفق مع مرتكب الفعل الضار على تحديد مبلغ التعويض مسبقا، لأن القانون السالف الذكر قد حدد طريقة تقدير التعويض، وعليه لا يجوز أن يتضمن عقد النقل شرطا جزائيا يحدد قيمة التعويض المستحق جراء حادث جسماني، ويعد هذا الشرط باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام، أما العقد فيبقى قائما.³

¹ بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر - باتنة -، 2015، ص 70.

² بوبكر قارس، المرجع نفسه، ص 68.

³ بوبكر قارس، المرجع نفسه، ص 68-69.

وكذلك المادة 78 من الأمر 31-75 المؤرخ في 29-04-1975 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص التي نصت على أنه: (لا يجوز في أي حال أن ينص النظام الداخلي على غرامات)، حيث منع المشرع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يؤخذ في شكل غرامة تستقطع من راتب العامل، والهدف من هذا المنع هو ضمان الحد الأدنى من الأجر خاصة وأن اقتطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل إلى الحد الأدنى للراتب الذي يضمنه القانون.¹

الفرع الثاني: سلطة القاضي في التحقق من شروط استحقاق الشرط الجزائي

إن صحة الشرط الجزائي من صحة العقد، والعكس غير صحيح، فإذا كان العقد صحيحاً وجب على القاضي التحقق من صحة الشرط الجزائي، أما إذا تبين بطلان العقد أو فساده لأي سبب من الأسباب فيبطل الشرط الجزائي باعتباره جزء لا يتجزأ من العقد، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يؤثر بتاتا على صحة العقد.

إن السبب في استحقاق التعويض هو الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي وليس الشرط الجزائي في حد ذاته، فالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي وجوداً أو عدماً، ولا يمكن أن يوجد لوحده بأي حال من الأحوال، وبعد تحقق القاضي من صحة العقد ينتقل إلى التحقق من توافر شروط الشرط الجزائي وهي نفسها أركان المسؤولية العقدية.

وعليه ارتأينا أن نتناول تحقق القاضي من صحة العقد الالتزام الأصلي (أولاً)، ثم تحققه من توافر شروط استحقاق الشرط الجزائي (ثانياً).

أولاً: تحقق القاضي من صحة العقد (الالتزام الأصلي)

إن أول ما يجب على القاضي المدني مراقبته وهو بصدد دراسة ملف دعوى تتعلق باختلال التوازن المالي للعقد نتيجة الشرط الجزائي هو الالتزام الأصلي المتمثل في العقد،

¹ بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 69.

وهنا يجب عليه التحقق من أركان العقد الثلاث وهي الرضا-المحل-السبب، بالإضافة إلى ركن الشكلية كركن رابع يفرضه المشرع في بعض الأحوال المنصوص عليها قانوناً.

وتثير مسألة تحقق القاضي من صحة العقد أو الالتزام الأصلي نقطتين أساسيتين وهما الآثار المترتبة عن بطلان الالتزام الأصلي، والآثار المترتبة عن بطلان الشرط الجزائي، وهو ما سنتناوله في الآتي:

1. بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي هو جزء من العقد سواء كان شرطاً متضمناً فيه أو تم إلحاقه به بموجب اتفاق لاحق، فإذا كان العقد باطلاً لتخلف أحد أركانه أي الرضا، المحل، السبب، أو الشكلية عندما يتطلبها القانون، فإن ذلك معناه أن العقد كله بجميع ما احتوى من شروط وينود يعد باطلاً، بما في ذلك الشرط الجزائي، وكذلك إذا كان الالتزام الأصلي أي العقد قابلاً للإبطال بسبب أهلية المتعاقد أو بسبب اعتراء إرادة أحد المتعاقدين أحد عيوب الإرادة فإن القضاء ببطلان العقد ينجر عنه بطلان الشرط الجزائي.

فالشرط الجزائي هو التزام تابع لالتزام أصلي، وهو أيضاً جزء منه، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، ومثال ذلك أن يعقد الالتزام من طرف عديم الأهلية أو غير ذي صفة.¹

2. بطلان الشرط الجزائي لا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي

إن الشرط الجزائي هو جزء من العقد الأصلي يتم إدراجه في شكل شرط أو بند، كما أنه يمكن إلحاقه بالعقد بعد إتمام إبرامه في شكل ملحق بالعقد، وبما أن العقد قد يحتوي على العديد من الشروط يمكن أن يلحق أحدها بالبطلان، دون أن يؤثر ذلك على صحة العقد كله، بشرط أن يكون هذا الشرط جوهرياً في العقد، ومثال على ذلك الشرط التعسفي في عقد الإذعان، حيث كما سبق لنا توضيحه في الباب الأول من الفصل الثاني من هذه الأطروحة،

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام-)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 862.

إذا تبين للقاضي تعسف أحد شروط العقد يقضي ببطلانه دون أن يؤثر ذلك على باقي العقد، ونفس الشيء ينطبق على الشرط الجزائي فإذا تبين للقاضي بطلانه لأي سبب من الأسباب قضى ببطلانه دون أن يمتد هذا البطلان إلى بقية العقد، الذي يبقى قائماً ومحتفظاً بقوته القانونية والملزمة لأطرافه.

ثانياً: التحقق من شروط استحقاق الشرط الجزائي

تعرضنا سابقاً لشروط استحقاق الشرط الجزائي وهي نفسها أركان المسؤولية العقدية، والقاضي ملزم لدى معالجته لاختلال التوازن المالي للعقد أن يقوم بالتحقق من توافر هذه الأركان واستحقاق الدائن للشرط الجزائي من عدمه، قبل تطرقه لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل هذا الأخير.

وعليه يجب على القاضي التحقق من كل ركن من أركان المسؤولية العقدية:

1. التحقق من وقوع الخطأ

لقد تطرقنا سابقاً إلى أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال المدين بتنفيذ التزامه الذي يشمل عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي وكذا التأخر في التنفيذ، وعليه فالقاضي وهو بصدد معالجة نزاع يتعلق بالتعويض عموماً، يجب عليه أن يتحقق من واقعة عدم التنفيذ التي يتحراها بكافة طرق الإثبات كونها واقعة مادية، وكما تطرقنا سابقاً فإن عبء إثبات عدم التنفيذ يقع على المدعي وهو الدائن، ويقع على المدعى عليه أي المدين عبء التخلّص من هذا الإدعاء، بإثباته أنه قد قام بتنفيذ التزامه، ويختلف الأمر بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل غاية، كون أن الالتزام الأول أيسر من الثاني، لأن الأول يكون بإثبات تحقق أو عدم تحقق الغاية أو النتيجة المرجوة من الالتزام، بينما إثبات الثاني فأعسر كونه يهدف إلى إثبات مدى تقاني المدين في القيام بعمله واحتياطه في سبيل تحقيق النتيجة التي يصبو إليها الدائن.

إلا أن ما يهمنا بصدد تحقق القاضي من قيام الخطأ بصدد دعوى تتضمن الشرط الجزائي، فهو تأكده من أن الالتزام الذي أخل به المدين هو الذي تناوله الشرط الجزائي،

لأن العقد قد يرتب عدة التزامات في ذمة المدين، إلا أن الشرط الجزائي قد يوضع لكفالة أحدها فقط، ويكون مستحقاً فقط عن الإخلال بالالتزام المكفول فقط، بينما الالتزامات الأخرى التي لم يكفلها الشرط الجزائي فإنها تخضع للقواعد العامة في التعويض،¹ أما إذا كان الشرط الجزائي عاماً بمعنى أنه يكون مستحقاً عند إخلال المدين بتنفيذ أي التزام تضمنه العقد فلا يقوم أي إشكال.

2. التحقق من حصول الضرر

يعد الضرر المبرر الذي فرض من أجله التعويض عامة والشرط الجزائي خاصة، وعليه يجب على القاضي التحقق من حصول الضرر وإصابة الدائن في مصلحة مشروعة سواء أكانت مادية أو معنوية، ويقع إثبات حصول الضرر على الدائن بكافة الطرق القانونية للإثبات لكون الضرر واقعة مادية، وعلى المدين للتخلص من دفع التعويض إثبات عدم إصابة الدائن بأي ضرر، كما سبق توضيحه عندما تطرقنا إلى أركان المسؤولية العقدية.

3. التحقق من قيام العلاقة السببية

تعد العلاقة السببية الحلقة التي تربط بين الخطأ والضرر، وعليه تقع على القاضي مهمة التحقق من أن الضرر الذي يدعي الدائن وقوعه قد حدث نتيجة لخطأ المدين، وليس بسبب آخر كالقوة القاهرة، أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه، فإذا تبين للقاضي أن الضرر المدعى به ليس نتيجة لخطأ المدين فتقطع رابطة السببية، وتسقط المسؤولية العقدية للمدين تبعاً لذلك.

وتدخل رقابة القاضي على ركن العلاقة السببية في إطار سلطته التقديرية، بمعنى أنه يقوم بنشاط ذهني لتحري حقيقة أن الخطأ الذي ارتكبه المدين هو سبب الضرر فتقوم مسؤوليته، أو العكس فتنتفي مسؤوليته.²

4. التحقق من قيام الدائن بإعذار المدين

¹ بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 72.

² بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 73.

الإعذار هو ركن رئيسي من أركان المسؤولية العقدية، وبما أنه يكون عادة محررا في شكل رسمي من طرف المحضر القضائي، فالدائن ملزم بتقديم المحرر الذي يثبت قيامه بالإعذار لقاضي الموضوع، أما إذا قام بالإشعار عن طريق البريد فيجب عليه تقديم الإشعار بالوصول، ويقع على القاضي أن يتفحص السند الذي يثبت قيام الدائن بالإعذار، أما بالنسبة للحالات التي يعفى الدائن من القيام بالإعذار بشأنه فله التحقق من وجودها والإشارة إلى ذلك في منطوق الحكم.

المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني إزاء الشرط الجزائي

نتناول سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشرط الجزائي من خلال التطرق إلى وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشرط الجزائي (الفرع الأول)، ثم طبيعة سلطة القاضي المدني إزاء الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي

تتمثل وسائل تدخل القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي في تخفيض قيمته في حالتي كونه مفرطا أو قيام المدين بالتنفيذ الجزئي للالتزام، وزيادته في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم، وكذلك استبعاد الشرط الجزائي استبعادا تاما في حالتي انعدام الضرر وبطلان الشرط الجزائي، نضيف عليه حالة أخرى وهي منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه الأصلي.

وعليه سوف نتناول تخفيض قيمة الشرط الجزائي (أولا)، وزيادة قيمة الشرط الجزائي (ثانيا)، ثم استبعاد الشرط الجزائي (ثالثا)، وأخيرا منح أجل للمدين لتنفيذ الالتزام (رابعا).

أولا: تخفيض قيمة الشرط الجزائي

عند تقدير قيمة الشرط الجزائي أو مبلغ التعويض من طرف المتعاقدين، فإنهما يقومان بتقديره جزافيا، مما قد ينجر عنه مبالغتهما في تقديره بشكل لا يتناسب مع حجم

الضرر الذي يلحق بالدائن، كما أن المدين قد يقوم بتنفيذ الالتزام جزئيا مما يؤدي إلى عدم التناسب بين حجم الضرر والتعويض، فإذا حدث وأن كانت قيمة الشرط الجزائي أكبر من الضرر الحاصل أو قام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه، فإنه يجوز للقاضي في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد أن يقوم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي.

وفيما يلي سوف نتطرق إلى حالات تخفيض الشرط الجزائي، ثم كيفية تخفيضه.

1. حالات تخفيض الشرط الجزائي

وفي ذلك تنص الفقرة 2 من المادة 184 ق.م.ج على أنه: (يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)، وعليه سوف نقوم فيما يأتي بشرح تدخل القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حال التقدير المفرط للشرط الجزائي، ثم حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي من قبل المدين.

1.1. حالة التقدير المفرط للشرط الجزائي

لأن الشرط الجزائي قد يتحول إلى شرط تعسفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد التعويض، هذا جعل المشرع يمنح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه،¹ وعليه فإن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالدائن، وإن كانت تمس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد، باعتبار الشرط الجزائي هو اتفاق بين طرفي العقد ولا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاقهما، إلا أنها تحقق العدالة بين مصلحتي الدائن والمدين، وتعيد التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي المبالغ فيه.

تنص الفقرة 2 من المادة 184 ق.م.ج على أنه: (ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، ...)، أجاز المشرع الجزائري تخفيض قيمة

¹ Mohamed LACHACHI, "Les clauses abusives « notions et moyens de lutte en droit Algérien et Français »", Op-Cit , P 234.

الشرط الجزائي لكي يتناسب مع حجم الضرر الحاصل للدائن، تطبيقاً لمبدأ وجوب تناسب التعويض مع الضرر، لأن العدالة تتطلب أن يكون التعويض مساوياً لحجم الضرر وليس أكبر منه، ولأن المتعاقدين أثناء تقديرهما لقيمة الشرط الجزائي لم يكونا ليعلموا حجم الضرر الذي سيحدث فعلاً لاحقاً، لأن ذلك أمر مستقبلي ولا يمكن لهما التنبؤ بدقة بحجمه، وإن كان بوسعهما تقديره بالتقريب عادة، لكن في بعض الأحيان قد يتجاوز تقدير أطراف العقد لقيمة الشرط الجزائي إلى حد كبير مما ينجر عنه اختلال التوازن المالي للعقد ككل، وهنا أجاز المشرع القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل فرط تقدير الشرط الجزائي عن طريق تخفيض قيمته بما يتناسب والضرر الذي لحق بالمدين فعلاً.

وسبب تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة هو سبب داخلي في العقد، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر راجعاً لعدم قيام المدين بتنفيذ العقد كله، أو بسبب تأخره في تنفيذ العقد في الأجل المتفق عليه، أو بسبب تنفيذه المعيب للالتزام والذي لا يحقق الغرض الرئيسي من التعاقد، ففي هذه الحالات يكون الدائن قد استحق مبلغ التعويض عن الضرر اللاحق به.¹

فبالنسبة للزيادة العادية في مبلغ التعويض والتي لم تصل إلى حد المبالغة أو الإفراط فطبقاً لنص الفقرة 2 من المادة 184 ق.م.ج فإن القاضي يبقي على مبلغ الشرط الجزائي كما هو دون إنقاص،² لأن المشرع في نصه على جواز تخفيض قيمة الشرط الجزائي اشترط أن يكون التقدير مفرطاً.

أما عن قيمة الشرط الجزائي المفرط فيها فلم يحدد المشرع الجزائري معياراً أو مقياساً يجب على القاضي المدني أن يستند عليه لتحديد ما إذا كان الشرط مفرطاً في تقديره أم لا، كما أنه لم يحدد للقاضي لدى تخفيضه لقيمة الشرط الجزائي حدوداً لا يجوز له النزول عنها، وعليه يرجع القاضي في ذلك إلى القاعدة العامة في التعويض، أي يحتسب التعويض على أساس ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، فإذا رأى عدم التناسب الكبير بين حجم التعويض والضرر يقوم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي إلى حد معقول يتناسب مع الضرر.

¹ بويكر قارس، المرجع السابق، ص 87.

² بويكر قارس، المرجع نفسه، ص 88.

وقد أخذت العديد من التشريعات بالتقدير المفرط لقيمة الشرط الجزائي كسبب لتخفيض الشرط الجزائي، كالمشرعين المصري والليبي إلا أنهما كانا أكثر دقة من المشرع الجزائري بتحديدتهما لدرجة إفراط تقدير الشرط الجزائي بالدرجة الكبيرة، وذلك في المادة 2/224 ق.م.م التي تنص على أنه: (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة...)، والمادة 2/227 من القانون المدني الليبي بنصها: (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ...).

وفي المقابل نجد بعض التشريعات كالقانون المدني الأردني، لم تشترط أن يكون تقدير الشرط الجزائي مبالغاً فيه لكي يتم تخفيضه من طرف القاضي، بل أعطت الحق للمحكمة وفي جميع الأحوال بناء على طلب الدائن أو المدين تعديل الشرط الجزائي بما يجعله مساوياً للضرر، وهذا من شأنه إعطاء القاضي سلطة تقديرية كافية للموازنة بين طرفي الالتزام، وهو نفس نهج القانون المدني الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين المدني الإيطالي.¹

ويرى الفقه أن القاضي عند تقديره لمدى إفراط الشرط الجزائي أنه يجوز له الاستعانة بأحد المعيارين، إما المعيار الموضوعي أو الشخصي.

- **المعيار الموضوعي:** ويتمثل في الموازنة بين مبلغ الشرط الجزائي والضرر الذي وقع فعلاً، فإذا لم يكن هناك تناسب بينهما فالشرط الجزائي مفرط.²
- **المعيار الشخصي:** ويتمثل في تقدير المسؤولية العقدية للطرفين بناء على ظروفهما الشخصية وحسن أو سوء نيتهما، وكذلك حالتها المادية.³

1 صاحب عبيد الفتلاوي، "ملامح أحكام التعويض في القانون المدني الأردني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 13، السنة السابعة جامعة عمان الأهلية، الأردن، كانون الأول 2017، ص 25-26.

2 العيد بورنان، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 02، ع 01، الجزائر، 2017/04/01، ص 90.

3 العيد بورنان، المرجع نفسه، ص 91.

وكملاحظة على هذين المعيارين، فإذا كان المعيار الأول منطقياً بحيث يقوم القاضي بالموازنة بين مبلغ التعويض وحجم الضرر ليستشف مدى إفراط أو عدم إفراط تقدير الشرط الجزائي، فإن المعيار الثاني أي الشخصي لا يقوم على أساس منطقي لأن المسؤولية العقدية أصلاً تقوم على أركان موضوعية هي (الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية)، ولا تدخل فيها مطلقاً الظروف الشخصية للمتعاقدين، وبالتالي هذا المعيار مرفوض ولا يمكن للقاضي الاستناد عليه لقياس مدى إفراط أو تناسب قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه.

ونحن من وجهة نظرنا نرى بأنه مادام المشرع الجزائي قد منح القاضي استثناء سلطة التدخل في العقد بتخفيض قيمة الشرط الجزائي المفرط تقديره، فقد كان من الواجب عليه رسم حدود هذا التدخل، وتحديد معيار معين لما هو مفرط وما هو غير مفرط لكي لا يحيد القاضي عن دوره في إعادة التوازن المالي للعقد، وألا يتعسف في استعمال هذه السلطة، التي تعد بحق خرقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعليه فيجب أن تكون هذه السلطة محددة بمعايير منصوص عليها بموجب القانون لضمان حماية حقوق المتعاقدين والمحافظة على العلاقة التعاقدية من التدخل غير المبرر من طرف القضاء.

وبالنسبة للإثبات فإنه يقع على المدين طبقاً للقواعد العامة وطبقاً للفقرة 2 المادة 184 ق.م.ج السالفة الذكر عبء إثبات أن الشرط الجزائي مفرط، لأن الأصل في الشرط الجزائي أنه تعويض متناسب مع حجم الضرر،¹ وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبته، ومادام معنى مفرطاً غير محدد بمعايير معينة فللمدين أن يثبت إفراط قيمة الشرط الجزائي بكافة طرق الإثبات.

ومن صور الإفراط في قيمة الشرط الجزائي ما ورد في حكم المحكمة العليا الليبية، بصدد حكمها في قضية شخص اشترى آلة ثقيلة بمبلغ 13.000 دينار ليبي من إحدى الشركات، وقد تضمن العقد شرطاً جزائياً مضمونه أن المدين ملزم بتسديد مبلغ 100 دينار عن كل يوم تأخير في التسليم، وكانت الشركة قد أخلت فعلاً بالتزامها في التسليم لمدة عن

1 قويدر نور الإسلام فرقاني، "استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 07، ع 02، الجزائر، 2020/06/21، ص 1664.

سته (06) أشهر، فكان مجموع التعويض هو 18.000 دينار ليبي، فصدر حكم من القضاء يقضي باستحقاق الدائن أي المشتري لمبلغ التعويض المذكور، إلا أن الشركة طعنت في الحكم، فنقضت المحكمة العليا الليبية هذا حكم المحكمة وقضت بأن الشرط الجزائي مبالغ فيه.¹

1.2. حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي من قبل المدين

طبقا للفقرة 2 من المادة 184 من ق.م.ج : (ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين... أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)، فإنه زيادة على جواز تدخل القاضي لتخفيض مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن تقديره كان مفرطا، فإنه يجوز له كذلك تخفيضه إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي،² لأن قيمة الشرط الجزائي الذي حدده المتعاقدان تقابل حالة عدم التنفيذ الكلي، فإذا قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي فإن الضرر المترتب عن تنفيذ هذا الجزء يسقط، أي لا ضرر عن هذا الجزء، ويبقى فقط الضرر المترتب عن الجزء الذي لم يتم تنفيذه وهو المعني بالتعويض، وعليه فإن القاضي ينقص الجزء الذي تم تنفيذه فعلا من قيمة التعويض، و يقوم بتخفيض قيمة التعويض ليتناسب مع حجم الضرر الحاصل فعلا، والقاضي هنا لا يعيد تقدير التعويض ولكنه يخفض حجمه فقط، وبالتالي يبقى التعويض محتفظا بصفة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، ولا يتحول إلى تعويض قضائي.

ويقصد بالتنفيذ الجزئي للالتزام أن يقوم المدين بتنفيذ جزء من الالتزام العقدي، كأن يقوم المدين بعدة التزامات بتنفيذ أحدها، ولا يكون ذلك إلا في الالتزامات القابلة للانقسام أو التجزئة، كما يشترط أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا للدائن، وأن يقبل هذا الأخير التنفيذ الجزئي. وعليه فإن تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي يستلزم توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الالتزام قابلا للانقسام

¹ أمجد أرحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص 158.

² حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 78.

يقتصر التنفيذ الجزئي على الالتزامات العقدية القابلة للانقسام، والتي تجيز إنقاص العقد كعقد البيع الذي يتضمن مجموعة من المبيعات فإذا وفى البائع بنقل ملكية أحد المبيعات يتم إبراء ذمته بالنسبة لهذا المبيع، لكنه يبقى مسئولاً عن تنفيذ باقي الالتزامات المتعلقة بالمبيعات الأخرى، وتخفض قيمة الشرط الجزائي بالنسبة لما تم تنفيذه فقط، أما الالتزامات غير القابلة للانقسام كالالتزام طبيب بإجراء عملية جراحية لمريض، فهذا النوع من الالتزام إما أن ينفذ كاملاً أو لا ينفذ أصلاً.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ الجزئي مفيداً للدائن

لكي يستفيد المدين من تخفيض قيمة الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام، يجب أن يكون هذا التنفيذ الجزئي مفيداً للدائن، بحيث يعود عليه بمصلحة أو فائدة محققة، وهذه الفائدة هي المبرر الرئيسي الذي يمنح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي، وعليه فالقاضي ملزم قبل الحكم بالتخفيض من عدمه أن يدرس مدى استفادة المدين من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين، ومدى الضرر الذي أصاب الدائن، طبقاً لنص 184 ق.م.ج التي تمنع استحقاق الشرط الجزائي في حالة إثبات المدين أن الدائن لم يصبه ضرر.¹

وفي مثالنا السابق فإن تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم أحد المبيعات للدائن يكون مفيداً للدائن إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة للدائن بأن يفيد من الشيء المبيع، ويكون ذلك إذا كان هذا الشيء مستقلاً عن باقي المبيعات الأخرى وليس مرتبطاً بها ك شراء هاتف بملحقاته من بين عدة هواتف أخرى، لكن في حالة إذا كان الشيء محل التنفيذ يتطلب ملحقات ثانوية ولا يعمل بدونها، فإن الوفاء به دون الملحقات لا يكون مفيداً للدائن، وبالتالي لا يستحق المدين تخفيض قيمة الشرط الجزائي عن التنفيذ الجزئي للالتزام، وأيضاً إذا كان محل الالتزام نقل ملكية أرض وحق الارتفاق، فإن وفاء البائع بنقل ملكية الأرض دون حق الارتفاق ليس مفيداً للمشتري، وبالتالي فالتنفيذ الجزئي هنا غير مقبول لتخفيض قيمة الشرط الجزائي.

الشرط الثالث: أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي

1 فائزة طبيب، المرجع السابق، ص 293-294.

يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن للقاضي تخفيض مقدار الشرط الجزائي، ولا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبول التنفيذ الجزئي للالتزام حتى ولو كان الالتزام قابلا للانقسام،¹ طبقا للفقرة 1 من المادة 277 ق.م.ج التي تنص على أنه: (لا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

وعليه فإن المدين لا يمكنه إجبار الدائن على قبول التنفيذ الجزئي، ولا يمكن أن يتم إجباره على ذلك حتى من طرف القضاء إذا رفض ذلك، بالرغم من أن التنفيذ الجزئي للالتزامات القابلة للانقسام أمر جائز، أما إذا قبل الدائن التنفيذ الجزئي بموجب اتفاق مع المدين سواء قبل أو بعد إخلال المدين بتنفيذ باقي التزامه، فتسري عليه أحكام تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام، كما أن الدائن مجبر على قبول التنفيذ الجزئي للالتزام في حالة وجود نص قانوني يقضي بوجوب قبول الوفاء الجزئي للالتزام.

2. كيفية تخفيض الشرط الجزائي

عرفنا سابقا أن المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة الأخرى كالشريع المصري والليبي... وغيرهم، لم يحدد للقاضي معيارا لتخفيض قيمة الشرط الجزائي، فإن كان من اليسير على القاضي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام أن يقوم بطرح ما الجزء الذي نفذه المدين من الالتزام من قيمة الشرط الجزائي، فإنه في حالة إذا كان تقدير الشرط الجزائي مفرطا فإن الأمر يختلف، وذلك بسبب غموض عبارة الإفراط، وعدم وجود دلالات لقياسها في القانون المدني، وعليه فإن القاضي يعيد حساب مقدار التعويض مجددا على أساس الضرر الفعلي، مستعينا بالقواعد العامة للتعويض وعناصر التعويض وهي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

2.1. ما لحق الدائن من خسارة

الخسارة هي الضرر المباشر المتوقع والمحقق حالا الذي وقع للدائن جراء إخلال المدين بالتزامه سواء أكان إخلالا في تنفيذ الالتزام أو تأخيرا في تنفيذه، وتعتبر الخسارة التي

1 فائزة طبيب، المرجع السابق، ص 294.

تلتحق الدائن أهم عنصر في التعويض، نظرا لقدرة القاضي على معاينتها وتقدير حجمها وقت رفع الدعوى إليه.

ويرجع للقاضي تقدير حجم الضرر الذي يصيب الدائن جراء خطأ المدين، ويشمل ذلك الضرر المادي والمعنوي، وعليه يقوم بتقدير قيمة التعويض الذي يلزم المدين بدفعه للدائن.

2.2. ما فات الدائن من كسب

قد تقوت فرصة الكسب على الدائن من جراء خطأ المدين، كإهمال إخطار أحد المتسابقين بموعد المسابقة مما يضيع عليه فرصة الفوز، أو إخلال دار النشر بالتزامها عن طبع كتاب المؤلف الذي تعاقد معها على طبعه،¹ فإذا كان تعويض الدائن عما أصابه من خسارة هو شيء طبيعي، فتعويضه عما فاتته من كسب أو بالأحرى تعويضه عن تقويت فرصة في الكسب يطرح تساؤلا عن مدى حقه في التعويض وهو لم يجرب حظه أصلا وأمر كسبه من عدمه لا يمكن تأكيده إلا بتجريب حظه الذي قد فات، إلا أن الإجابة بسيطة وهي أن سبب تقويت هذا الكسب يرجع إلى إخلال المدين بالتزامه.

ولهذا استقر القضاء الفرنسي وكذا القضاء المصري على اعتبار تقويت الفرصة في حد ذاته ضررا محققا وليس احتماليا، وذلك على أساس أن المضرور كان له الحق في استخدام الفرصة المتاحة له، وإن الإخلال بهذا الحق يعد ضررا بالرغم من أن نتيجته احتمالية.²

ويقدر القاضي التعويض بناء على مدى قوة أو ضعف كسب النتيجة الاحتمالية، كالفوز في المسابقة، أو مدى تسويق الكتاب، في المثالين السابقين، وبناء على ذلك تتسع

1 أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 185.

2 أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 186.

سلطة القاضي التقديرية في تقدير حجم الضرر والتعويض، إلا أن عليه أن يحتاط في التقدير، ويتفادى المبالغة في تقدير مدى تحقق نجاح الفرصة.¹

ومن قرارات المحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد نجد القرار رقم 1067984 بتاريخ 2016/10/20 الذي جاء فيه أن: "إغفال الموثق تقييد الرهن الحيازي لصالح المقرض لدى المركز الوطني للسجل التجاري طبقاً للمادة 121 من القانون التجاري الجزائري والذي يترتب عنه إبطال الرهن، يمثل تفويت فرصة على المقرض لاستيفاء مبلغ دينه من قيمة الشيء المرهون مباشرة".²

ثانياً: زيادة قيمة الشرط الجزائي

قد يقوم المتعاقدان عند تحديد قيمة الشرط الجزائي بالاتفاق على مبلغ ضئيل لا يضاهي حجم الضرر المحتمل، وقد يكون ذلك عن قصد منهما لتخفيف عبء المسؤولية العقدية، وقد يكون ذلك عن غير قصد لجهلها بكيفية تقدير حجم الضرر لعدم خبرتهما، كما يمكن أن يفوق الضرر حجم التعويض المقدر مسبقاً، فهنا الدائن يصيب الدائن خسارة أكبر من المتوقع أثناء إبرام العقد

وعليه سوف نتناول حالة جواز زيادة قيمة الشرط الجزائي، ثم كيفية زيادة هذه القيمة من طرف القاضي.

1. حالة زيادة قيمة الشرط الجزائي

طبقاً للمادة 185 ق.م.ج على أنه: (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً)، فإن الأصل عدم جواز تدخل القاضي بزيادة قيمة الشرط الجزائي كأصل

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 186.

² قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة، رقم 1067984 بتاريخ 2016/10/20، مجلة المحكمة العليا، ع 2، الجزائر، 2016، ص 91-95.

عام، لكنه أورد استثناء يتعلق بارتكاب المدين غشا جسيما، أو خطأ جسيم، وعليه سوف نتناول الأصل ثم الاستثناء.

1.1. الأصل هو عدم جواز زيادة قيمة الشرط الجزائي

فالأصل كما توضحه المادة المذكورة أعلاه هو عدم جواز زيادة القاضي لمبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه والمحدد مسبقا مهما زاد حجم الضرر عن قيمة التعويض المحدد، حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري وكما فعل مع عيب الاستغلال أجاز فقط تخفيض قيمة الشرط الجزائي، ولم يجز كقاعدة عامة زيادة قيمته مهما زاد حجم الضرر الحاصل فعلا عن قيمة الشرط الجزائي المحدد من طرف المتعاقدين.

ونحن من وجهة نظرنا نرى عدم سداد وجهة نظر المشرع عند منعه للدائن المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي والذي بدوره يعد منعا للقاضي للتدخل في زيادة قيمة الشرط الجزائي، لأن اختلال التوازن المالي قد ينشأ إما عن زيادة قيمة الشرط الجزائي التي تستوجب تخفيضه من طرف القاضي، كما قد ينشأ هذا الاختلال نتيجة انخفاض قيمة الشرط الجزائي والتي قد لا تتناسب مع حجم الضرر اللاحق بالدائن، والعدالة تقتضي أن يكون التعويض متناسبا مع حجم الضرر، كما أن منح القاضي سلطة إزاء زيادة قيمة الشرط الجزائي تشبه إلى حد كبير سلطته إزاء زيادة التزامات أعباء الدائن عند إعمال نظرية الظروف الطارئة، التي هي بدورها سبب من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد المدني.

1.2. الاستثناء هو زيادة قيمة الشرط الجزائي بسبب غش المدين أو ارتكابه خطأ

جسيما

خرج المشرع المدني الجزائري عن القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز زيادة قيمة الشرط الجزائي مهما زاد حجم الضرر الواقع فعلا، فأجاز للقاضي زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

ويترتب على ذلك أن القاضي يجوز له زيادة مقدار الشرط الجزائي حتى يصبح متناسبا مع حجم الضرر، لأن الدائن في اتفاهه مع المدين لم يدخل في حسبانه غش المدين

أو خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسؤولية المترتبة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي قد يصدر من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.¹

فبالنسبة لمصطلح الغش فقد ورد النص عليه في مواد كثيرة من القانون المدني، ومع ذلك لا نجد له تعريفا دقيقا له يضبط معالمه ويحدد معايير، خاصة وأنه يختلط بأنظمة قانونية أخرى كالتدليس وسوء النية من جهة، وله تطبيقات في مختلف القوانين من جهة أخرى، مما يجعل تحديد مفهومه أمرا صعبا.

وبالرجوع إلى الفقه يمكن تعريف الغش بأنه: "كل فعل أو امتناع عن فعل يأتيه المدين بالتزام عقدي، أو يقوم به أحد تابعيه بقصد إحداث ضرر، ويراد به الخطأ العمدي أو ما يعرف بسوء النية، أي عدم استقامة المدين الذي يحاول أن يخل بتنفيذ التزامه العقدي عمدا".²

ومن أمثلة الغش في الإعلانات التجارية،³ وعلى ذلك فإن غش المدين في الإعلان التجاري يعد سببا لمطالبة الدائن برفع قيمة الشرط الجزائي إذا أصابه ضرر يفوق حجم الشرط الجزائي المتفق عليه.

أما الخطأ الجسيم فهو: "كل امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي، أو من تابعيه، بطيش مقترن بعلم لما قد ينجم من ضرر"⁴، وهو أيضا الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس حرصا.⁵

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 878.

² ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 419-420.

³ عدة عليان، المرجع السابق، ص 269.

⁴ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 420.

⁵ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام -التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 337.

ويمكن الفرق بين الغش والخطأ الجسيم في أن الخطأ الجسيم لا ينطوي على قصد أو نية الإضرار بالدائن، فالمدين لا يرتكب الخطأ الجسيم بسوء نية، وإنما يعد مهملًا وغير محتاط في تجنب الخطأ، وهو يعلم أن إهماله وعدم تبصره سيلحقان ضررًا بالدائن، بينما الغش ينطوي على سوء نية المدين عند ارتكابه للخطأ، وإقدامه عمداً على الإخلال بتنفيذ التزامه العقدي.¹

أما عن الهدف من وراء إجازة زيادة قيمة الشرط الجزائي فيرى الدكتور عبد الله نجاري أن المشرع الجزائري يقصد من وراء إجازته لزيادة قيمة الشرط الجزائي إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، لكن ليس بالضرورة أن يكون المدين هو الطرف الضعيف في العقد، بل قد يكون الدائن هو الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية، فمثلاً قد يكون المدين شركة تجارية ضخمة، فإذا أخلت هذه الأخيرة بالتزاماتها وترتب عن ذلك ضرر للدائن، وجب حماية الطرف الضعيف هنا وهو الدائن بزيادة قيمة الشرط الجزائي.²

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن القانون المدني الأردني لم يربط حق الدائن في المطالبة بزيادة الشرط الجزائي بحالتي الغش والخطأ الجسيم من طرف المدين، بل أعطى الحق للمحكمة وفي جميع الأحوال تعديل الشرط الجزائي بناءً على طلب الأطراف بما يساوي مع الضرر.³

2. كيفية زيادة قيمة الشرط الجزائي

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية زيادة الشرط الجزائي، أو معياراً لقياس درجة التفاوت بين الشرط الجزائي والضرر الواقع فعلاً، مثلها مثل حالة تخفيض الشرط الجزائي، تاركاً ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يعتمد في ذلك على قياس حجم الضرر الواقع فعلاً وقيمة الشرط الجزائي، ويقوم بحساب الفرق بينهما وزيادته إلى قيمة الشرط الجزائي.

¹ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 420.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 198.

³ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 25-26.

ولأن التعويض في الأصل يجب أن يكون بقدر الضرر لا أكثر ولا أقل، وبغض النظر عن مدى فداحة خطأ المتسبب في هذا الضرر، فالمسؤولية لجبر الضرر، لا لمعاقبة المتسبب في هذا الضرر وردعه.¹

وعليه يجدر بالقاضي أن يتحرى عدم تجاوز مقدار الزيادة الضرر الذي قد حصل فعلا، ومنه يعمل في زيادة قيمة الشرط الجزائي نفس ما قلناه على حالة تخفيضه، بحيث يراعى في زيادته ما فات المدين من كسب وما لحقه من خسارة.

ثالثا: استبعاد الشرط الجزائي من العقد

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي من العقد، لكن طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية فلا مسؤولية ولا تعويض إذا انعدم الضرر، وكذا في حالة بطلان الشرط الجزائي.

1. حالة انعدام الضرر

يجب لإعمال الشرط الجزائي أن تتوافر أركان المسؤولية العقدية كلها، فإذا انعدم أحد أركانها انتفت المسؤولية العقدية، وسقط حق الدائن في التعويض مهما كان نوعه اتفاقي أو قضائي.

وقد يحدث خطأ من المدين لكن لا يصيب الدائن ضرر جراه، والشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا فيجب لاستحقاقه أن يثبت الدائن الضرر الذي لحقه.

فالضرر هو الدافع الذي يؤدي بالدائن إلى المطالبة بقيمة التعويض عامة والشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا لا يخرج عن هذا، فالقاضي قبل حكمه باستحقاق أو عدم استحقاق الدائن لقيمة الشرط الجزائي يجب عليه التحقق من توافر شروط استحقاق التعويض الذي تضمنه الشرط الجزائي، ومن بينها وقوع الضرر سواء المادي أو المعنوي، وأن تتوافر شروطه، أما إذا لم يصب الدائن ضرر بالرغم من وقوع الخطأ من طرف المدين، أو أصابه

¹ أمجد أرحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص 34.

ضرر لكن لم يستطع إثبات أنه راجع لخطأ المدين، أو انتفتت العلاقة السببية بين الضرر الذي أصابه وخطأ المدين، فهنا نكون أمام حالة انعدام الضرر ولا تقوم المسؤولية العقدية للمدين وبالتالي يحكم القاضي المدني بعدم استحقاق الدائن لقيمة الشرط الجزائي.

ويترتب عن ذلك إضافة لعدم استحقاق الدائن لقيمة الشرط الجزائي، انعدام حقه في المطالبة بالتعويض بتاتا أمام القضاء المدني وذلك لانتهاء أهم ركن من أركان المسؤولية العقدية وهو الضرر.

2. حالة بطلان الشرط الجزائي (بطلان ذاتي)

العقد هو عبارة عن مجموعة من الشروط والبنود التي يتفق المتعاقدان على الالتزام بها، إلا أنه يمكن أن يكون من بينها شروط باطلة دون أن تؤثر على صحة العقد، ومن بينها الشرط الجزائي الذي قد يدرجه المتعاقدان ضمنه.

فإذا تبين للقاضي أن هذا الشرط معيب لذاته يصرح ببطلانه، وفي ذلك نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة كون الشرط الجزائي جزء من العقد الأصلي

إذا كان الشرط الجزائي جزء من العقد، فإنه يأخذ حكمه صحة أو بطلانا، فإذا تبين بطلان العقد الأصلي لأي سبب من الأسباب كتخلف ركن من أركانه مثلا، أو القضاء ببطلانه بسبب عيب من عيوب الرضا، فيترتب عنه بطلان العقد كله بكل ما احتوى من شروط وبنود.

أما إذا كان العقد صحيحا فالقاضي يجب عليه التحقق من صحة الشرط الجزائي، فإذا تبين له بطلانه بذاته كأن يكون غير مشروع، فالعقد يبقى قائما ويستبعد الشرط الجزائي نهائيا من العقد، إلا أن الدائن يمكنه المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة للتعويض.

الحالة الثانية: حالة إدراج الشرط الجزائي في اتفاق لاحق بالعقد الأصلي

إذا كان الشرط الجزائي منصوصاً عليه في اتفاق ملحق بالعقد، فيجب على القاضي أيضاً أن يتحقق من صحة أو بطلان العقد الأصلي، قبل الحكم بأخذ أو استبعاد الشرط الجزائي المنصوص عليه في الاتفاق اللاحق، فإذا تبين له صحة العقد الأصلي نظر في صحة الاتفاق اللاحق أولاً ثم في صحة الشرط الجزائي ثانياً، أما إذا كان العقد الأصلي باطلاً فلا حاجة به إلى التحقق من صحة الاتفاق اللاحق والشرط الجزائي، ويقضي باستبعاد الشرط الجزائي مباشرة بسبب بطلان العقد الأصلي.

ويترتب في كلتا الحالتين بطلان الشرط الجزائي واستبعاده من العقد، ولكن هذا لا يمنع الدائن من المطالبة بالتعويض إذا لحقه ضرر جراء عدم تنفيذ الالتزام طبقاً للقواعد العامة للتعويض أمام القاضي المدني.

رابعاً: منح أجل لتنفيذ الالتزام الأصلي

إن التعويض على عدم التنفيذ لا يمكن اعتباره مثيلاً لتنفيذ العقد،¹ لأن تنفيذ العقد هو وفاء كل طرف بالتزاماته العقدية كما تم الاتفاق عليها بالضبط، أما التعويض فهو المقابل المالي الذي يدفعه الطرف الذي أخل بالتزاماته العقدية سواء أخل بتنفيذ العقد أو تأخر في تنفيذه، وقد يتراءى للقاضي المدني أثناء معالجته لدعوى ما أن المدين قادر على تنفيذ التزامه إذا منحه مهلة لذلك، عن طريق منح أجلاً قضائياً أو ما يصطلح عليه بـ"نظرة الميسرة".

وقد نص المشرع المدني الجزائري على جواز إفادة المدين بأجل من طرف القاضي في العديد من نصوصه كالمادة 119 منه التي تنص على جواز إسعاف المدين بأجل قضائي سواء عند مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ، أو لاتقاء فسخ العقد عند طلبه من طرف الدائن بقولها: (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد

¹ طارق كاظم عجيل، "دراسة نقدية للمسؤولية العقدية، مجلة العلوم القانونية"، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 6 و 7/11/2019، ص 52.

الآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف،...).

وبالرغم من أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على سلطة القاضي المدني في منح المدين "نظرة الميسرة" لإسعافه من دفع مبلغ الشرط الجزائي، إلا أنه نص على جواز منح القاضي أجلا للمدين لتفادي فسخ العقد، وهذا ينطبق على الشرط الجزائي الذي هو تعويض عن الإخلال بالالتزام، فالقاضي في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يجوز له أن يحكم بناء على طلب الدائن إما بتنفيذ العقد أو بفسخه لعدم التنفيذ أولاً، ثم يقوم بتقدير قيمة التعويض إذا لم يكن المتعاقدان قد حدداه مسبقاً، أما إذا حدداه في شكل شرط جزائي وثار نزاع حول قيمته يقوم القاضي تبعا لسلطته التقديرية بتعديل قيمته زيادة أو نقصانا حسب ظروف القضية، أما إذا تراءى للقاضي إمكانية تنفيذ المدين لالتزامه إذا أفاده بأجل قضائي فإن الأولى أن يمكنه من تنفيذ التزامه والإبقاء على العقد، أما التعويض فإنه يأتي كآخر حل.

وبما أن نظرة الميسرة إلى جانب كونها حكما شرعيا فهي منصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المادة 2/281 منه، وعليه يجوز للقاضي المدني حال طلب المدين في العقد المتضمن شرطا جزائيا مهلة قضائية "نظرة ميسرة"، أن يفيد به لفك عسرته والتمكن من تنفيذ الالتزام، لأن تنفيذ الالتزام أولى من عدم تنفيذه والاكتفاء بالتعويض بموجب مبلغ الشرط الجزائي، وهذا من شأنه تعزيز مكانة العقود واستقرار المعاملات في المجتمع.

كما يمكن الاعتماد على تطبيق المادة 119 ق.م.ج السالفة الذكر على الشرط الجزائي، لأن سلطة القاضي بموجب هذه المادة جاءت مطلقة، فهي لم تقصر سلطة منح الأجل القضائي على عقد معين أو حالة معينة، بل يجوز استعمالها على جميع العقود المعرضة للفسخ، كما أن سلطته بشأن مقدار هذه المدة ليست محددة،¹ ومنه يجوز للقاضي أعمال سلطته التقديرية في تطبيق نظرة الميسرة على الدعوى المتعلقة بالشرط الجزائي،

¹ فايزة طيب، المرجع السابق، ص 307.

وتحديد مهلة كافية ومعقولة للمدين لتنفيذ التزامه بدلا من دفع قيمة الشرط الجزائي، لكن عليه أن يراعي في ذلك مصلحة الدائن، وأن ذلك لا يضر به.

كما أنه طبقا للمادة 119 ق.م.ج التي لم تحدد مهلة محددة للأجل القضائي، ولم تمنع تمديد هذا الأجل أيضا، فإنه يمكن للقاضي منح المدين مهلة قضائية أخرى إذا لم يتمكن من تنفيذ التزامه في المهلة القضائية الممنوحة له، متى كانت ظروفه التي بررت للقاضي منحه أجلا قضائيا قد ما زالت قائمة، ويبقى للقاضي مطلق السلطة التقديرية في قبول أو رفض تمديد الأجل القضائي مراعيًا في ذلك حالة المدين، والجهود التي بذلها لتنفيذ التزامه في ظل المهلة الممنوحة له، ومدى حسن نيته، ومراعيًا في نفس الوقت مصلحة الدائن.¹

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط الجزائي

تعد الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي من النظام العام،² فعند وقوع الضرر يستحق التعويض، كما يجوز تخفيض الشرط الجزائي، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وقد نصت الفقرة 3 من المادة 224 من ق.م.ج على أنه: (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع بطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين)، وهذا معناه أنه لا يجوز للطرفين أن يتفقا على وجوب استحقاق الشرط الجزائي على كل حال، حتى ولو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ التزامه، كما لا يجوز لهما أن يتفقا على منع القاضي من تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا كان تقديره مبالغا فيه.³

¹ فايزة طبيب، المرجع السابق، ص 308.

² حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 94.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات، آثار الالتزام -)، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 876.

والسلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الحاصل للدائن تعد من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على سلبها من القاضي، حيث أجاز القانون للقاضي أن يتدخل في تعديل بنود العقود المتضمنة قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر أي يدخل ضمن إطار سلطة القضاء بإحقاق العدالة التبادلية التي تستند إلى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن المنفعة المقصودة للعقد بالنسبة لكل من طرفيه بما يحقق العدالة التبادلية، ومن ثم ينبغي على المحكمة ملاحظة التناسب بين قيمة الضرر والتعويض الاتفاقي وليس التساوي بينهما¹

وهو نفس حكم المادة 184 من ق.م.ج التي تنص على أنه: (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه)، وعليه فإن الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي من النظام العام، بنص المادة 184 السالفة الذكر بأنه لا يجوز مخالفة مضمون ما جاء فيها ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، فبالرغم من أن الشرط الجزائي هو تعويض يتم تحديده بواسطة أطراف العقد بإرادتهم الحرة مما يدعوا إلى الاعتقاد أنهم أحرار في الاتفاق على ترتيب الآثار التي تحلوا لهم كاتفاقهم على استحقاق الدائن لمبلغ التعويض ولو لم يلحقه ضرر، أو منع تدخل القاضي في تخفيض الشرط الجزائي مهما كان مبالغاً فيه، إلا أن المشرع قد نص على عدم جواز اتفاقهم على مخالفة ما جاء في هذا الاتفاق ولو بإرادتيهما المجتمعين، كما منع اتفاقهم على منع القاضي من تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، والحكمة من ذلك حماية طرفي العقد من تعسف أحدهما على الآخر حماية لاستقرار المعاملات، ولدواعي تحقيق العدالة العقدية التي تجيز تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد كلما اختل.

وبالرغم من أن الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي من النظام العام، إلا أن سلطة القاضي إزاءه هي سلطة جوازية، فلا يمكن للقاضي أن يقوم بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي

¹ منصور حاتم محسن، "التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة العقدية -دراسة مقارنة-"، مجلة بابل العلوم الإنسانية، مج 23، ع 04، العراق، 2015، ص 1693.

من تلقاء نفسه مهما بدا له من اختلال في التوازن المالي للعقد، فبالنسبة لسلطته إزاء تخفيض مبلغ الشرط الجزائي فقد نص المشرع صراحة على جواز تدخل القاضي المدني لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي إذا كان تقديره مفرطاً بقولها في الفقرة 2 من المادة 184 ق.م.ج: (ويجوز للقاضي أن يخفض...)، أما بالنسبة لزيادة مبلغ الشرط الجزائي فلم ينص صراحة على جواز تدخل القاضي فيه، إلا أن ذلك يستخلص ضمناً من المادة 185 ق.م.ج التي نصت على عدم جواز مطالبة المدين بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

أما عن نوع السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي اتجاه أعمال أحكام الشرط الجزائي فهي سلطة تقديرية مقيدة فيما يخص طلبات أطراف الدعوى، حيث لا يجوز للقاضي كأصل عام أن يحكم بأكثر مما طلب منه.

وبالنسبة لسلطته فيما يخص الجزاء فهناك من يرى أنها واسعة نوعاً ما، حيث أن سلطة القاضي المدني بصفته قاضي موضوع اتجاه الشرط الجزائي تقوم على أعمال الصفة التعويضية للشرط الجزائي، وبناء على ذلك فإن له سلطة تخفيضه أو زيادته أو استبعاده.¹

ومع ذلك فإن سلطته فيما يخص تخفيض قيمة الشرط الجزائي أوسع من سلطته إزاء زيادته، حيث حصرت المادة 185 ق.م.ج زيادة مبلغ الشرط الجزائي في إثبات أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فقط، ولم تربطها بحجم الضرر الواقع فعلاً، بينما الفقرة 2 من المادة 184 ق.م.ج فقد أجازت للقاضي تخفيض مبلغ الشرط الجزائي في حالتين، حالة إذا أثبت المدين أن تقديره كان مفرطاً، والإفراط كما بينا سابقاً لم يضع له المشرع مفهوماً ولم يحدد له معياراً، وعليه فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يملك صلاحيات واسعة في تحديد إفراط تقدير الشرط الجزائي من عدمه، وحالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

¹ بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 73.

ملخص الفصل الثاني

إن الاتفاق على تقدير قيمة التعويض مسبقاً من قبل أطراف العقد أمر محمود لكي يتجنبنا دخول أروقة المحكمة والإجراءات الطويلة والمعقدة للحصول على التعويض في حالة إصابة أحدهما بضرر نتيجة إخلال الطرف الآخر بأحد التزاماته العقدية، إلا أن هذا التحديد الاتفاقي لقيمة التعويض أو ما يسمى بالشرط الجزائي قد يؤدي في بعض الأحيان إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه، وعليه فقد منح المشرع القاضي سلطة التدخل في العقد الذي يتضمن مثل هذا الشرط لتعديل مقداره، إلا أن سلطته تختلف بين تخفيض قيمة الشرط الجزائي أين يستطيع القاضي ممارسة سلطة تقديرية واسعة خاصة فيما يخص تحديد المقصود من الشرط الجزائي المفرط، وبين زيادة قيمة الشرط الجزائي التي حصرها المشرع في حدود جد ضيقة تنحصر في حالتَي الغش والخطأ الجسيم، وهو ما يحول دون إعادة التوازن المالي للعقد المختل بما يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً.

خاتمة

من خلال ما تم دراسته في هذه الأطروحة نخلص إلى أن التوازن المالي للعقد قد يخل بفعول العديد من الأسباب، منها ما قد يصيب العقد في مرحلة تكوينه، ومنها ما قد يصيبه خلال مرحلة تنفيذه، ودور القاضي يختلف باختلاف كل سبب من هذه الأسباب، كما أن وسائل إعادة التوازن المالي للعقد الممنوحة له خلال فترة تنفيذ العقد أكثر مرونة وذلك لضمان استمرار العقد الذي تكون فعلا والعمل على تحقيق الغاية من إبرامه.

فإذا كان اختلال التوازن المالي للعقد راجعا لعب الاستغلال فإن دور القاضي في إعادة التوازن المالي لهذا العقد ينحصر في إنقاص التزام الطرف المستغل بناء على طلبه، أو زيادة التزام الطرف الآخر بناء على طلبه أيضا، بشرط أن يكون ما يعرضه كافيا لإعادة التوازن المالي للعقد، وأن يكون بصدد عقد معاوضة، وأن يقدر القاضي أن ما يعرضه من شأنه فعلا أن يعيد التوازن المالي للعقد، وعليه نخلص إلى أن سلطته في حالة زيادة التزام الطرف المستغل أكثر توسعا من سلطته في إنقاص التزامات الطرف المستغل، لأن المشرع منحه سلطة تقدير مدى كفاية ما يعرضه الطرف المستغل لإعادة التوازن المالي للعقد، بينما سلطته في إنقاص التزامات الطرف المستغل تقتصر على إنقاص التزاماته إذا طلب ذلك.

أما إذا كان اختلال التوازن المالي للعقد راجعا للغبن في بيع العقار فإن سلطة القاضي محددة في تكملة ثمن العقار الذي بيع بغبن يزيد عن الخمس 5/1، إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل، ونفس الحكم بالنسبة للغبن في القسمة الرضائية التي تقتضي لعدم نقضها إكمال نصيب المدعي نقدا أو عينا.

وبالنسبة لسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان فنجد أنها أكثر توسعا، فقد منحه المشرع سلطة تعديل هذه الشروط وكذا سلطة إبطالها، على ألا يمس ذلك بالعقد، وبالرغم من تحديده لقائمة بالشروط التعسفية على سبيل الحصر في بعض النصوص

القانونية إلا أن القاعدة العامة تقتضي أن للقاضي المدني سلطة تحديد هذه الشروط واستخراجها من العقد إعمالاً لسلطته في تفسير العقد.

أما خلال مرحلة تنفيذ العقد فأكثر ما يصيب العقد من اختلال في توازنه المالي قد يرجع بالخصوص إلى الظروف الطارئة التي قد تطرأ على العقود المستمرة أو العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، ما يجعل التزام المدين مرهقاً خلافاً لتوقعات أطرافه، فهنا يتدخل القاضي بموجب نص المادة 3/107 ق.م.ج التي تعد خروجاً صريحاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويمنح القاضي بموجب ذلك سلطة واسعة ولكن بموجب نص قانوني تتمثل في رد التزام المتعاقد للحد المعقول، التي اتفق الفقه العربي في جعلها تشمل إنقاص العقد أو زيادته أو وقف تنفيذ العقد، كما أننا نرى أنها تشمل أيضاً منحه مهلة قضائية لتنفيذ التزامه من باب أولى، كون المهلة القضائية "نظرة الميسرة" تشمل جميع حالات العقود التي استعسر على المدين تنفيذها.

كما أن دور القاضي المدني يتجلى بموجب سلطته إزاء اختلال التوازن المالي للعقد بفعل الشرط الجزائي، حيث أن مطالبة الطرف المضرور بالتعويض جراء إخلال الطرف الآخر بالتزامه العقدي من شأنه أن يكشف على اختلال هذا العقد بفعل قيمة الشرط الجزائي المدرج في العقد، إذا كان الضرر الحاصل فعلاً أقل من قيمة الشرط الجزائي، وكذا إذا زاد حجم الضرر عن قيمة هذا الشرط، فهنا منح المشرع القاضي المدني سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي لتساوي حجم الضرر الواقع فعلاً تاركاً ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، أما في حالة العكسية فإن الأصل عدم جواز زيادة قيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت الدائن أن مدينه قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

أما سلطة فسخ العقد فإنها لا تدخل ضمن دور القاضي المدين في إعادة التوازن المالي للعقد، لأن تحقيق التوازن المالي للعقد يقتضي حتماً الإبقاء على العقد قائماً، ومنح

القاضي سلطة تعديله، أو تعديل أو إبطال الشروط التي أدت إلى حدوث الاختلال، أما إذا كان لابد من فسخ العقد فلا يكون ذلك إلا بناء على طلب أطراف العقد، وبناء عليه ينتهي العقد ولا مجال للحديث عن دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد.

وبالتالي فإن دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد يكون بالإبقاء على العقد، والعمل على تنفيذه، وإقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة العقد في التمسك بقوته الملزمة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومصلحة المتعاقدين في تحقيق المساواة بين أداءات كل منهما في العقد.

أما عن طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي المدني في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد تظهر لنا أنها مقيدة من طرف المشرع، فلا يملك القاضي الخروج عن النصوص القانونية التي حددت شروطها، ولا يجوز له أن يحدد عن الوسائل التي عينها المشرع له.

ونحن من وجهة نظرنا نؤيد كون هذه السلطة مقيدة، وهذا حماية للقوة الملزمة للعقد التي يجب أن يكون المساس بها في حالات استثنائية، وفي نطاق ضيق وبموجب نصوص قانونية صريحة، توضح سبب الاختلال وشروطه، وتحدد وسائل إعادة التوازن المالي للعقد، أي القاضي يكون مقيد بالنص القانوني ولا مجال لإعمال سلطته التقديرية بشأن ابتكار أسباب اختلال التوازن المالي ولا الاجتهاد بشأن بشروطها، ولا بخلق وسائل غير الوسائل التي حددها المشرع.

وعليه خلصنا إلى مجموعة من النتائج وبناء عليها قدمنا مجموعة من الاقتراحات.

أولاً: النتائج

- نظام الغبن المجرد من الاستغلال هو حالات نص عليها القانون والقاضي ليس له دور فعلي إزاءها، فحيث توافرت شروطه طبقه، وعليه الالتزام بما نص عليه القانون،

وليس له أن يتوسع في مفهومها وتطبيقها على غير الحالات المنصوص عليها قانونا.

- إن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار في القانون الجزائري، مقررّة لحماية للبائع الذي يبيع عقاره بغبن يزيد عن خمس 5/1 ثمن العقار، أما المشتري الذي يشتري عقارا بغبن يزيد عن الخمس 5/1 فليس له أن يدعي بالغبن المجرد لكي يتصل من دفع الثمن الذي يزيد عن قيمة العقار.
- حدد المشرع الجزائري أجلا قصيرا لسقوط دعوى الاستغلال مقارنة بالدعاوى المتعلقة بعيوب الإرادة الأخرى، وفي ذلك إجحاف في حق الطرف المُستغل وحرمانه من إعادة التوازن المالي للعقد،
- يملك القاضي سلطة واسعة في تقدير حالة الاستغلال عكس الغبن، لأن صور هذا الأخير محددة على سبيل الحصر.
- للقاضي سلطات واسعة إزاء العقد في ظل نظرية الظروف الطارئة في تعديل العقد إما بزيادة التزام الدائن أو إنقاص التزام المدين أو توقيف تنفيذ العقد إلى غاية انتهاء الظروف الاستثنائية، لكن ليس له فسخ العقد لأن ذلك يعني إنهاء العقد، وإنهاؤه لا يؤدي إلى إعادة توازنه.
- الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري هي ظروف عامة غير متوقعة تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، ويترتب عنها جعل التزام المدين مرهقا، وبذلك تختلف عن القوة القاهرة التي يترتب عنها جعل التزام المدين مستحيلا، وبذلك لا يمكننا أن نصنف الحوادث أو الظروف مهما كان سببها طبيعيا أو إنسانيا إلى ظروف طارئة أو قوة القاهرة إلا بعد معاينتنا لأثرها على العقد.

ثانيا: الاقتراحات

- جعل أجل رفع دعوى الاستغلال أجل تقادم لا سقوط، ورفع هذا الأجل ليساوي لآجال سقوط الدعاوى الخاصة عيوب الإرادة الأخرى، فمادام الاستغلال عيبا في الإرادة فلا عبرة باختلاف مدة تقادمه.
- نقترح إلغاء إمكانية طلب إبطال العقد من طرف المتعاقد المُستغل، لأنها لا تخدم إعادة التوازن المالي للعقد، الذي لا يتحقق إلا بالمحافظة على العقد والإبقاء عليه،

وفي المقابل تمكينه من المطالبة القضائية بزيادة أعباء الطرف الآخر في العقد، زيادة على حقه في طلب إنقاص التزاماته العقدية.

- إلغاء شرط النسبة بالنسبة للغبن سواء في بيع العقار أو القسمة الرضائية، لأن العدالة تقتضي إعادة التوازن المالي للعقد المختل مهما كانت نسبة الخسارة، وتحديد نسبة الخسارة سوف يحرم الطرف الضعيف من استعادة حقه، ويحول دون إعادة التوازن المالي للكثير من العقود التي لم تصل نسبة التفاوت المالي فيها للنسبة المحددة قانونا.

- نقتح على المشرع إحاطة تصرفات القاصر بحماية شاملة من الغبن أسوة بالتشريعين التونسي والمغربي.

- بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة نقتح على المشرع تعديل المادة 3/107 ق.م.ج وذلك بإلغاء مصطلح عامة، لتشمل نظرية الظروف الطارئة كل الظروف غير المتوقعة سواء كانت عامة أو خاصة.

- بالنسبة للشرط الجزائي فاقترحنا يتمثل في منح القاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي في غير حالات الغش والخطأ الجسيم، ليتناسب مقدار التعويض مع الضرر الواقع فعلا.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القوانين

أ- القوانين الجزائرية

- مرسوم رئاسي رقم 20-442 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.ج ، ع 82، الصادرة في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020.
- الأمر رقم 66-155 المعدل والمتمم، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج، ع 48، الصادرة في 20 صفر 1386 الموافق 10 يونيو 1966.
- الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، ع 78، الصادرة في 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975.
- الأمر رقم 75-59 المعدل والمتمم، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون التجاري، ج.ر.ج.ج ، ع 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975.
- القانون 90-04 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق 6 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج ، العدد 6، الصادرة في 11 رجب 1410 الموافق 7 فبراير 1990.
- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج ، العدد 17، الصادرة في 01 شوال 1410 الموافق 25 أبريل 1990.

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995،
المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج ، العدد 13، الصادرة في 7 شوال 1415 الموافق 8
مارس 1995.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو
2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادرة في 20 جمادى الأول
1424 الموافق 20 يوليو 2003.
- الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003،
يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج.ج ، العدد 44، الصادرة في 23
جمادى الأولى 1424 الموافق 23 يوليو 2003.
- القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 5
جمادى الأولى 1425 الموافق 23 يونيو 2004، ج.ر.ج.ج ، العدد 41، الصادرة
في 9 جمادى الأول 1425 الموافق 27 يونيو 2004.
- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006،
يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج.ر.ج.ج ، الصادرة في 8 صفر 1427
الموافق 8 مارس 2006، العدد 14.
- القانون 06-04 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتعلق
بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادرة في 12 صفر 1427 الموافق 12 مارس
2006.
- القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن
قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع 21، الصادرة في 17 ربيع الثاني
1429 الموافق 23 أبريل 2008.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009، يتعلق
بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج ، العدد 15، الصادرة في 11 ربيع الأول
1430 الموافق 8 مارس 2009.

- القانون رقم 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 17 فبراير 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج.ج. ، العدد 14، الصادرة في 1 ربيع الثاني 1432 الموافق 6 مارس 2011.

- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو 2018،
المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج. ج. ، العدد 28، الصادرة بتاريخ 30 شعبان
1439 الموافق 16 مايو 2018.

القوانين الأجنبية

- القانون-صادر في 1932/03/09، قانون الموجبات اللبناني، <http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/lebanon/ObligationsAndContractsLawAr.pdf>
- القانون رقم 131 لسنة 1948، بشأن إصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 1948/07/29

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>

- القانون رقم 43، القانون المدني الأردني، لسنة 1976،
<https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments/> , consulté le 08/04/2021 à 18.04.

- مجلة الالتزامات والعقود التونسية، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، مصادق عليه بموجب القانون عدد 87 لسنة 2005، مؤرخ في 15 أوت 2005،
https://www.justice.gov.tn/fileadmin/medias/references_juridiques/codes_juridiques/COCArabe.pdf, consulté le 10/09/2020, à 18.00.

- قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)،
صيغة محينة 11 يناير 2021.
<https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B2%D8%A7%D9%85%D8%A7%D>

[8%AA%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF.pdf](#), consulté le 02/03/2021, à 20.30.

- القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، عدد 83 لسنة 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000.

الكتب

- 1- أحمد شوقي عبد الرحمن النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، د د ن، د ب ن، 2008.
- 2- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988
- 3- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 4- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج1، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، 261 هـ .
- 5- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 12، مطبعة السعادة، مصر، 1323 هجري.
- 6- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 7- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري وأحدث اجتهادات المحكمة العليا -دراسة مقارنة-، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 8- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني -العقد والإرادة المنفردة-)، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، الجزائر، 2008.

- 9- العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) -دراسة مقارنة-، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 10- الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 11- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 173.
- 12- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت -لبنان-، 1983.
- 13- بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل -علاقات العمل الفردية والجماعية-، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 14- جاك غيستان، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون المدني -تكوين العقد-، ط 2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان-، 2008.
- 15- جمال نجيمي، دليل القضاة للحكم في الجرح والمخالفات في التشريع الجزائري على هدي المبادئ الدولية للمحاكمة العادلة -دراسة ج1، ط2، درا هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 16- جيروم هوييه تحت إشراف جاك غيستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني -العقود الرئيسية الخاصة-، مج 1، القسم 1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2003.
- 17- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ب ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية -مصر-، 2007.

- 18- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 19- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 20- زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية مع مراعاة ما يجري عليه العمل في محاكم الكويت وما جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 1984.
- 21- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، ب ط، الجزائر، 1992، ص 44.
- 22- سليمان بوقندورة، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي (مدعم بالاجتهادات القضائية والآراء الفقهية)، ط1، دار الألمعية للنشر والتوزيع، قسنطينة الجزائر، 2014.
- 23- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (في العقود المسماة -عقد الإيجار-)، مج 2، ط 4، دار النهضة العربية، 1993.
- 24- سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، ب ط، منشأة المعارف، 1974.
- 25- سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للالتزام -الحكم-القرار الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 26- سمير عبد السيد تتاغو، عقد البيع، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، 2009.
- 27- شريف غنام، أثر تغيير الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، ط 1، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي -الإمارات العربية المتحدة-، 2010.
- 28- عبد الحفيظ فرغلي علي القرني، سلسلة الدين المعاملة: البيوع في الإسلام، دار الصحوة للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة -مصر-، 1987.

- 29- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، دار الرسالة للطباعة، بغداد العراق، 1975.
- 30- عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1999.
- 31- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط4 مزيدة ومنقحة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2013.
- 32- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2001، ص 565.
- 33- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام -الإثبات، آثار الالتزام-)، ج 2، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، ط2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان-، 1998.
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج2، ط2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
- 36- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، ج 1، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر-، 2004.
- 37- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د س ن 1952
- 38- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني -العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة-، ج 4، مج 01، ب ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان-، د س ن.

- 39- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط
مزيدة ومنقحة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.
- 40- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة
المنفردة -دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي-، الكتاب الأول، د د ن، مصر،
1984.
- 41- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني -المسؤولية المدنية-،
ط 3، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011.
- 42- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون
المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، ب ط، دار
النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت -لبنان-، 1974.
- 43- علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، ط3، المؤسسة الوطنية للفنون
المطبعية للنشر، الجزائر، 2013.
- 44- علي فيلالي، العقود الخاصة (البيع)، ب ط، المؤسسة الوطنية للفنون
المطبعية، الجزائر، 2018.
- 45- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام في القانون المدني
الجزائري، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 46- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ب ط، دار
الهدى، عين مليلة، 2004.
- 47- فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الإسكندرية مصر، 2004.
- 48- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن،
المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

- 49- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي -أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، ج2، بيروت، 1970.
- 50- محمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة -دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج-، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - المغرب-، 1993.
- 51- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 52- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 53- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ط2، ج1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 54- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات -أحكام الالتزام-دراسة مقارنة في القوانين العربية)، ط جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
- 55- محمود علي رشدان، نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية والقانون الإداري-دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، ب ط، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 56- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة - بين القانون المدني والفقه الإسلامي -، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2007.
- 57- مساعد بن سليمان بن ناصر الطيار، مفهوم التفسير والتأويل والاستنباط والتدبر والمفسر، ط2، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.

- 58- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار القلم، دمشق سورية، 1999.
- 59- معراج جديدي، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 60- مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني -دراسة مقارنة-، ج1، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2007.
- 61- نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، ط 7، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 62- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية مصر، 2002.
- 63- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008.
- 64- هبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج4، ط4 المنقحة المعدلة (ط12) لما سبقها، دار الفكر، دمشق سورية.
- 65- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات -دراسة مقارنة-)، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 66- يمينه حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، ط 1، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء الجزائر، 2016.
- الأطروحات والمذكرات
- 1- أحمد مروت، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 -بن يوسف بن خدة-، 2014/2015.

- 2- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة الجزائر -، 1991/1990.
- 3- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، 2002/2001.
- 4- بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
- 5- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015/2014.
- 6- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
- 7- جويذة عمريو، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
- 8- حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1996.
- 9- خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق الجزائر 1، 2015/2014.
- 10- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.
- 11- زكرياء بوعون، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016.
- 12- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق الجزائر 1، 2016/2015.

- 13- صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2018/2017.
- 14- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر 01، 2013/2012.
- 15- عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الالكترونية عبر الأنترنت، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011.
- 16- عثمان ميرغني علي بلال، عقود البيع الممنوعة في القانون المدني اليمني - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2013.
- 17- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
- 18- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- 19- علي لكبير، تأمين المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2015/2014.
- 20- فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتى التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2019/2018.
- 21- فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.

- 22- محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2018/2019.
- 23- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة -دراسة فقهية-، أطروحة دكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصوله، قسم الثقافة-كلية التربية-جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2005-2006.
- 24- محمد بودريعات، الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012/2013.
- 25- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2011/2012.
- 26- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.
- 27- مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق جامعة السانبا وهران، 2008/2009.
- 28- منير قاسم الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة والخاصة "دراسة تحليلية تفصيلية للنظرية بين القانونين اليمني والمغربي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة المغرب، 2013/2014.
- 29- يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون الوضعي تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017/2018.

- 30- يمينه حوحو، عقد البيع الإلكتروني - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2012/2011.
- **مذكرات الماجستير**
- 1- أمجد أرحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية"، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، جمهورية إندونيسيا، أغسطس 2016.
- 2- بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2015.
- 3- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1983.
- 4- شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، مدى إمكانية الاستغناء عن أحكام الظروف الطارئة بأحكام الغبن اللاحق -دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي-، مذكرة ماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مصر، 2012.
- 5- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماجستير في العلوم الإدارية، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الاقتصادية والحقوق، باتنة، 1987/1986.
- 6- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
- 7- فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2018/2017.

المجلات

- مجلات المحكمة العليا

- المجلة القضائية، ع 4، الجزائر، 1984.
- المجلة القضائية، ع 02، الجزائر، 2001.
- المجلة القضائية، ع 01، الجزائر، 2002.
- مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج 1، الجزائر، 2004.
- مجلة المحكمة العليا، ع 2، الجزائر، 2008.
- مجلة المحكمة العليا، ع 01، الجزائر، 2015.
- مجلة المحكمة العليا، ع 02، الجزائر، 2015.

المقالات

- 1- أحمد الحراكي، "الغن في القانون الفرنسي والقانون الألماني (دراسة مقارنة تحليلية نقدية)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 21، ع 01، دمشق سوريا، 2005.
- 2- أحمد الصويغي شلييك، "نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 3، ع 2، الأردن، 2007.
- 3- أحمد بعجي، "أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 06، ع 02، الجزائر، 2020/12/27.
- 4- العيد بورنان، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 02، ع 01، الجزائر، 2017/04/01.
- 5- بخالد عجالي، "حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، مجلة الحقوق والحريات، ع 4، الجزائر، أفريل 2017.
- 6- بشير دالي، "مدى تأثير الشروط التعسفية على مبدأ حرية التعاقد"، المعيار، مج 05، ع 10، جوان 2016.
- 7- تبارني اسعيد وعبد الحفيظ بقة، ضوابط ممارسة التجارة الالكترونية طبقا للقانون 18-05، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع 04، سبتمبر 2020.

- 8- جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريع)"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج 06، ع 12، 2017.
- 9- جيلالي بن عيسى، "نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية"، المعيار، المجلد 9، العدد 2، مستغانم، جويلية 2018.
- 10- خالد بن النوى، "التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، ج 02، ع 08، جوان 2017.
- 11- خليل درش، "سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية"، القانون الدولي والتنمية، المجلد 6، العدد 2، مارس 2019.
- 12- خليفة بوداود وفواز لجلط، قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، ع 02، ديسمبر 2020.
- 13- خليفة بوداود وفواز لجلط، الآليات القانونية لتوعية المستهلك في العقد بين التقليدي والمعاصر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 07، ع 01، جامعة المسيلة، 2022/06/10.
- 14- رشيد بردان ونجية بوراس، "القاضي وتفسير العقد"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، مج 07، ع 01، الجزائر، 2018.
- 15- رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، "دور العدالة في تكميل العقد"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 13، ديسمبر 2019، الجزائر، ص 9.
- 16- رياض حسين أبو سعيدة، "القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن"، مجلة الكوفة، عدد خاص، المؤتمر العلمي الثاني، د س ن، العراق.
- 17- زاهية حورية سي يوسف، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 7، ع 2، الجزائر، 2018.

- 18- سارة بولقواس، "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 02، المدينة الجزائرية، سبتمبر 2017.
- 19- سفيان سوام، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، مركز جيل البحث العلمي-مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ع 04، جوان 2016.
- 20- شارف بن يحيى، "ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، 2010.
- 21- صاحب عبيد الفتلاوي، "ملاحح أحكام التعويض في القانون المدني الأردني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 13، السنة السابعة جامعة عمان الأهلية، الأردن، كانون الأول 2017، ص 25-26.
- 22- طارق كاظم عجيل، "دراسة نقدية للمسؤولية العقدية، مجلة العلوم القانونية"، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 6 و 2019/11/7.
- 23- عارف محمد الجناحي، "تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التقسيط والمراوحة للأمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعة والدراسات الإسلامية، مج 16، ع 01، الشارقة، يونيو 2019.
- 24- عبد الحفيظ بقة، "إشكالية الحفاظ على استقرار علاقات العمل في مواجهة جائحة كوفيد 19 -بين التزامات صاحب العمل ومسؤولية الدولة-"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، الجزائر، جويلية 2020.
- 25- عبد القادر اقصاصي، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، مج 02، ع 02، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، ديسمبر 2018.

- 26- عبد المجيد رحابي، "ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 10، جوان 2018، الجزائر.
- 27- عزيز كاظم جبر الخفاجي، "الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع 01، جامعة الكوفة -كلية القانون، د.س.ن.
- 28- علي أحمد السالوس، "الشرط الجزائري وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 14، كلية الشريعة جامعة قطر، السنة 12.
- 29- عيشة بن مداني وأحمد حمزة بن غربي، طرق قسمة الملكية الشائعة، مجلة قضايا معرفية، مج 2، ع 6، يناير 2021.
- 30- فطيمة الزهراء مصدق وعبد الحفيظ بقة، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مج 06، ع 2، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المسيلة، 2021/06/20.
- 31- فطيمة الزهراء مصدق وعبد الحفيظ بقة، التوازن المالي للعقد ضرورة تفرض نفسها على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 13، ع 2، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021/10/31.
- 32- قويدر نور الإسلام فرقاني، "استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 07، ع 02، الجزائر، 2020/06/21.
- 33- كمال لدراع، "أثر الظروف الطارئة على التزامات عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج 16، ع 4، الجزائر، 2001.
- 34- لاشين محمد الغاياتي، "عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع 01، مصر، 1986.
- 35- لطيفة بوراس، "نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية"، بحوث جامعة الجزائر 1، ج 1، العدد 14، الجزائر، 2020.

- 36- محمد بن إبراهيم السحبياني، "الغبن اليسير والفاحش: تحليل اقتصادي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مج 18، ع 2، الرياض السعودية، 2005.
- 37- محمد بوكماش، "نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 13، ع 26، 2014.
- 38- محمد بوكماش وسعيدة بومعراف، "فسخ عقد الإجارة بسبب العذر"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ج 02، ع 08، جوان 2017، ص 580.
- 39- محمد رشيد قباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بحث مقارنة"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع 02، السعودية، د س ن.
- 40- محمد عقوني وحسن عبد الرزاق، "عيوب الإرادة في عقود التجارة الالكترونية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 13، ع خ، جانفي 2021.
- 41- محمد فواز الآلوسي، "التعسف في عقود الإذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، مج 02، ع 13، العراق، 2007.
- 42- محمود صالح جابر وعلي محمد أبو العز، "التكييف الفقهي لعقد العمل"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، الأردن، 2011.
- 43- مريم تومي، "قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع 45، الجزائر، مارس 2016، ص 128.
- 44- مصطفى الناير المنزول، "الجديد في عقود الإذعان - دراسة تطبيقية على أحكام التشريع السوداني مع التعليق عليها"، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، ع 19، السودان، 2009.
- 45- مصطفى قويدري، "الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 50، ع 3، سبتمبر 2013.

- 46- مقني بن عمار، "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مج 01، ع 01، ديسمبر 2014.
- 47- منصور حاتم محسن، "التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة العقدية -دراسة مقارنة-"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، مج 23، ع 04، العراق، 2015.
- 48- منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية -دراسة مقارنة-"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، مج 25، ع 06، العراق، 2017.
- 49- منهل عبد الغني قلندر، "الإذعان بين العقد والنظام القانوني -دراسة مقارنة-"، مجلة الرافدين للحقوق، مج 16، ع 59، العراق، 2013.
- 50- يوسف أحمد عمر سعيد، "أحكام بيع تلقى الركبان"، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 5، العدد 32، الإسكندرية -مصر-، د س ن.
- 51- يوسف بوشاشي، "نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، ج 1، الجزائر، جوان 2017.
- المحاضرات:
- 1-مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني (أحكام الالتزام) السداسي الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020/2019.

En français

Les codes

1-Code civil français

2-Code de consommateur français

Les livres

- 1-ALAIN SERIAUX, Droit des obligation, 2^{eme} Ed, Presse universitaire de France, Paris, 1998.
- 2-CHRISTIAN LARROUMET, droit civil –les obligations le contrat– , t 3, 3^{eme} Ed, Ed ECONOMICA, Liban, 1996.
- 3-CLAIRE-MARIE PEGLION-ZIKA, la notion de clause abusive – étude de droit de la consommation–, prix de thèse de l’université Paris 2 Panthéon-Assas, lextenso Ed, Paris, 2018.
- 4-FRANÇOIS TERRE ET PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE, Droit civil –Les Obligations–, 7^{eme}Ed, Dalloz, 1999.
- 5-JAQUES FLOUR ET JEAN-LUC AUBERT et ERIC SAVAUX, droit civil les obligations 1.l’acte juridique, 9^{eme} Ed, Edition Dalloz Armand Colin, Paris ,2000.
- 6-JEROME HUET, traité de droit civil sous la direction de JAQUES GHESTIN (Les principaux contrats spéciaux), Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1996.
- 7-L.PERALLAT et M.BOUAICHE, Droit civil-obligation–, office des publications universitaires, Alger, 1980.
- 8-MARIUS TCHENDJOU, Droit de l’obligation, Vuibert, septembre 2015, France, P 09.

Les Thèses

- 1-MARIGNOL LUDOVIC, la prévisibilité en droit des contrats, thèse de doctorat de l’université de Toulouse, France, 11/12/2017.
- 2-MOHAMED LACHACHI, L’Equilibre du contrat de consommation (Etude comparative), Magister en droit privé, Faculté de droit université d’Oran, 2012/2013.

Les Articles

- 1-FARIDA HOCINE, "Une exception au principe Pacta Sunt Servenda : la théorie de l'imprévision", revue sciences humaines, n°5, Algérie, juin 2019.
- 2-MOHAMED HACHACHI, "Les clauses abusives « notions et moyens de lutte en droit Algérien et Français »", Journal d'études juridiques comparées, N° 03, décembre 2016.

Les rencontres

- 1-CHRISTINE BIQUET-MATHUIEU, les clauses pénales- rapport belge (texte provisoire), journée trilatérales Espagne-Québec-Belgique « Question choisies de droit privé », Barcelone, 28 et 29 octobre 2010.
- 2-HARITH AL-DABBAGH , Regards d'un juriste Arabe sur les mécanismes de justice contractuelle dans le code civil du Québec, rencontres de la section de droit privé, université de Montréal, 29/04/2011.

Sites Electroniques

مواقع الأنترنت

- 1-<https://www.legifrance.gouv.fr/> , date de révision 01/07/2020 à 15.10.
- 2- <http://www.coursupreme.dz/%D9%85%D9%84%D9%81-%D8%B1%D9%82%D9%85-1257789-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-%D8%A8%D8%AA%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%AE-20180712/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B1%D9%81->

[%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/%D9%85%D9%86-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7,](#)
consulté le 21/10/2021, à 15.00.

3- <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/clause-de-hardship.php#:~:text=Contratti%20Commerciali%20Internazionali%20e%20Principi,794%20et%20s>, consulté le 01/04/2021 à 16.35.

4- https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/motu_proprio/52837#:~:text=Acte%20l%C3%A9gislatif%2C%20apparu%20au%20xv,ne%20portent%20pas%20de%20sceau.), consulté le 02/04/2021 à 15.22.

5- [http://www.coursupreme.dz/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-%D8%B1%D9%82%D9%85-1027581-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%B1%D8%AE-%D9%81%D9%8A-15-12-2016/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B1%D9%81-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/%D9%85%D9%86-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7,](http://www.coursupreme.dz/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-%D8%B1%D9%82%D9%85-1027581-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%B1%D8%AE-%D9%81%D9%8A-15-12-2016/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B1%D9%81-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/%D9%85%D9%86-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7)
consulté le 20/10/2021, à 17.00.

- 6-1 <https://www.lettredesreseaux.com/P-1732-451-A1-le-nouvel-Art-1231-5-du-code-civil-relatif-a-la-clause-penale.html> ,révisé le 05/12/202 à 20.30.

الفهرس

شكر وعرفان.....	2
إهداء.....	3
قائمة الاختصارات	4
مقدمة	1
الباب الأول: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد .	10
الفصل الأول: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الغبن والاستغلال.....	12
المبحث الأول: مفهوم الغبن والاستغلال والتمييز بينهما	13
المطلب الأول: مفهوم الغبن والاستغلال	13
الفرع الأول: تعريف الغبن وصوره	14
أولاً: تعريف الغبن	14
ثانياً: صور الغبن المجرد عن الاستغلال	23
1. الغبن في التشريعات المقارنة	24
2. الغبن في التشريع الجزائري	28
2.1. الغبن في بيع العقار	29
2.2. الغبن في القسمة الرضائية.....	39
الفرع الثاني: مفهوم الاستغلال	46
أولاً: تعريف الاستغلال	47
ثانياً: عناصر الاستغلال.....	51

1.العنصر المادي للاستغلال	52
2.العنصر النفسي للاستغلال	56
2.1.الطيش البين كعنصر نفسي للاستغلال	58
2.2.الهوى الجامح كعنصر نفسي للاستغلال	59
المطلب الثاني: التمييز بين نظريتي الغبن والاستغلال	60
الفرع الأول: تطور الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال	60
الفرع الثاني: الفرق بين الغبن والاستغلال	62
أولاً: أوجه التشابه بين الغبن والاستغلال	63
ثانياً: أوجه الاختلاف بين الغبن والاستغلال	63
المبحث الثاني : سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي المختل بسبب	
الغبن والاستغلال	65
المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن	66
الفرع الأول: سلطة القاضي المدني في رفع الغبن	66
أولاً: تحقق القاضي المدني من توافر شروط الغبن	66
1.تحقق القاضي أن العقد يدخل ضمن العقود التي نص عليها المشرع حصراً	67
2.التفاوت المادي الفاحش بين أداءات المتعاقدين	68
3.وقت تقدير القاضي المدني للغبن	70
ثانياً: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن	73
1.وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الغبن في بيع العقار	74

2. وسائل إعادة التوازن المالي بسبب الغبن في القسمة بالتراضي	77
2.1. نقض القسمة	77
2.2. زيادة التزامات المدعى عليه	78
الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني إزاء الغبن	79
المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني التقديرية في إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بعيب الاستغلال	81
الفرع الأول: التحقق من توافر شروط دعوى الاستغلال ووسائل إعادة التوازن المالي للعقد	81
أولاً: تحقق القاضي المدني من توافر شروط الاستغلال	82
ثانياً: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المشوب بسبب الاستغلال	90
الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي إزاء الاستغلال	96
ملخص الفصل الأول	100
الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان ..	101
المبحث الأول: مفهوم عقد الإذعان والشروط التعسفية	101
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان وطبيعته القانونية	102
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان	102
أولاً: تعريف عقود الإذعان	102
ثانياً: أنواع عقود الإذعان	107
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	121
أولاً: الفريق الأول - الطبيعة غير التعاقدية لعقد الإذعان -	121

ثانيا: الفريق الثاني -الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان-	123
ثالثا: الفريق الوسط	124
المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية ومعاييرها	125
الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية	125
أولا: تعريف الشروط التعسفية	125
ثانيا: أنواع الشروط التعسفية	132
1.الشروط التعسفية الصريحة	132
1.1.الشروط التعسفية بذاتها	132
1.2.الشروط التعسفية بحكم استعمالها	134
2.شروط يستفاد ضمنا أنها تعسفية	135
2.1.الشروط التي تؤدي إلى بطلان العقد	135
2.2.الشروط التي تبطل لكنها لا تؤدي إلى بطلان العقد	136
2.3.الشروط التي لا تبطل ولا تبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها	137
الفرع الثاني: معايير الشروط التعسفية	137
أولا: المعياران المتكاملان (الاقتصادي والقانوني)	137
1.المعيار الاقتصادي- معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي-	138
2.المعيار القانوني - معيار الميزة الفاحشة-	138
ثانيا: المعيار الوحيد -الاختلال الواضح بين حقوق وواجبات الأطراف-	139

المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي المختل بسبب الشروط	
التعسفية في عقد الإذعان	140
المطلب الأول : سلطة القاضي المدني في تفسير عقد الإذعان	141
الفرع الأول: القواعد العامة في تفسير العقد	143
أولاً: حالة وضوح عبارات العقد.....	144
ثانياً: حالة غموض عبارات العقد.....	146
ثالثاً: حالة الشك في معنى العبارات الغامضة.....	152
الفرع الثاني: قواعد التفسير الخاصة بعقد الإذعان	153
المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني على الشروط التعسفية في عقد الإذعان	154
الفرع الأول: الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل عقود الإذعان ...	155
أولاً: سلطة القاضي المدني في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعسفية.....	158
ثانياً: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان	
.....	160
1. سلطة القاضي المدني في تعديل الشروط التعسفية	160
2. سلطة القاضي المدني في إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية	161
الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني بشأن الشروط التعسفية في عقد الإذعان ...	165
ملخص الفصل الثاني.....	170
الباب الثاني: دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذ العقد	171
الفصل الأول: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة	173
المبحث الأول: الأحكام القانونية لنظرية الظروف الطارئة	174

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....	174
الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة ولمحة تاريخية عن نشأتها.....	174
أولاً: التعريف بنظرية الظروف الطارئة.....	174
1.تعريف الظروف الطارئة.....	175
2.تعريف نظرية الظروف الطارئة.....	175
ثانيا : لمحة تاريخية عن نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة.....	178
1.نظرية الظروف الطارئة في القوانين القديمة.....	178
2.في القانون الكنسي.....	179
3.نظرية الظروف الطارئة في القوانين الحديثة.....	180
4.نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.....	184
4.1.العذر في عقد الإجارة.....	185
4.2.الجوائح في بيع الثمار.....	187
4.3.تقلب قيمة النقود.....	189
5.نظرية الظروف الطارئة في القانون العام.....	189
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة وتمييزها عما يشابهها من أنظمة	
.....	190
أولاً: الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة.....	191
ثانيا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن بعض الأنظمة المشابهة.....	192
1.تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة.....	192

1.1. أوجه التشابه بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة	195
1.2. أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة	195
2. تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير	196
2.1. أوجه التشابه بين نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير	198
2.2. أوجه الاختلاف بين نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير	198
3. تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة	198
3.1. أوجه التشابه بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة	199
3.2. أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة	200
المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة وشروط إعمالها	200
الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة	201
أولاً: قواعد العدالة والإنصاف كأساس لنظرية الظروف الطارئة	201
ثانياً: نظرية الغبن كأساس لنظرية الظروف الطارئة	202
ثالثاً: فكرة الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة	203
رابعاً: نظرية السبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة	204
خامساً: نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لنظرية الظروف الطارئة	205
سادساً: التشريع كأساس لنظرية الظروف الطارئة	206
سابعاً: وجوب تنفيذ العقد بحسن نية كأساس لنظرية الظروف الطارئة	207
ثامناً: تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه كأساس لنظرية الظروف الطارئة	
.....	208

208	تاسعا: الأساس الذي تبناه المشرع الجزائري لنظرية الظروف الطارئة.....
209	الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.....
209	أولا: الشروط المتعلقة بالعقد.....
212	ثانيا: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ.....
217	المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة.....
218	المطلب الأول: الضوابط التي يجب على القاضي التقيد بها في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....
219	الفرع الأول: الضوابط الخاصة بالظروف الطارئة.....
219	أولا: أساس تحديد الخسائر.....
220	ثانيا: كيفية تحديد الخسائر.....
220	الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بالعقد.....
221	أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.....
222	ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين.....
222	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي عند معالجة أثر الظروف الطارئة.....
223	الفرع الأول: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب الظروف الطارئة.....
227	أولا: إنقاص التزام المدين.....
229	ثانيا: زيادة الالتزام المقابل.....
231	ثالثا: منح المدين أجلا لوقف تنفيذ العقد.....
237	رابعا: منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه.....

239	الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي المدني في إعمال نظرية الظروف الطارئة
242	ملخص الفصل الأول
243	الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الشرط الجزائي
244	المبحث الأول: الأحكام القانونية التي تنظم الشرط الجزائي
244	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي
244	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي وأنواعه
244	أولاً: تعريف الشرط الجزائي
251	ثانياً: أنواع الشرط الجزائي
252	1. الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ
252	2. الشرط الجزائي في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام
254	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة ..
254	أولاً: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي
255	1. الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي
256	2. الطبيعة العقابية للشرط الجزائي
256	3. الطبيعة المركبة للشرط الجزائي
258	ثانياً: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة
258	1. تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية
262	1.1. أوجه الشبه بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائي
263	1.2. أوجه الاختلاف بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائي

264	2. تمييز الشرط الجزائي عن العربون
265	2.1. أوجه التشابه بين الشرط الجزائي والعربون
265	2.2. أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون
266	المطلب الثاني: أهمية الشرط الجزائي وشروط استحقاقه
266	الفرع الأول: أهمية الشرط الجزائي
266	أولاً: تجنب المتعاقدين الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة
267	ثانياً: يضمن الشرط الجزائي تنفيذ بعض الالتزامات العقدية
267	ثالثاً: تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض
268	رابعاً: إعفاء الدائن من إثبات الضرر
268	خامساً: الشرط الجزائي وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية
268	الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي
269	أولاً: تعريف المسؤولية العقدية وتمييزها عن المسؤولية التقصيرية
269	1. تعريف المسؤولية العقدية
270	2. تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية
275	ثانياً: شروط استحقاق الشرط الجزائي
275	1. الخطأ العقدي
275	1.1. تعريف الخطأ العقدي
280	1.2. إثبات الخطأ العقدي
282	2. الضرر

282	2.1.تعريف الضرر
283	2.2.شروط الضرر
284	2.3.إثبات الضرر
285	3.العلاقة السببية
285	3.1.تعريف العلاقة السببية
286	3.2.إثبات رابطة السببية
286	3.3.حالات انتفاء رابطة السببية
	3.3.1.انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ287
289	3.3.2.انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب خطأ الدائن
289	الحالة الأولى: حالة استغراق أحد الخطأين للآخر
291	3.3.3.انتفاء رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر بسبب فعل الغير
292	رابعا: الإعذار
292	1.تعريف الإعذار
293	2.كيفية الإعذار
294	3.الحالات التي لا ضرورة فيها لإعذار المدين
296	4.النتائج القانونية المترتبة على الإعذار
	المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي
298	
299	المطلب الأول: سلطة القاضي في التحقق من صحة الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

299	الفرع الأول: سلطة القاضي في التحقق من صحة الشرط الجزائي
299	أولاً: مراقبة تكيف الشرط الجزائي
300	ثانياً: التحقق من مشروعية الشرط الجزائي
301	الفرع الثاني: سلطة القاضي في التحقق من شروط استحقاق الشرط الجزائي
301	أولاً: تحقق القاضي من صحة العقد (الالتزام الأصلي)
303	ثانياً: التحقق من شروط استحقاق الشرط الجزائي
305	المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني إزاء الشرط الجزائي
305	الفرع الأول: وسائل إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الشرط الجزائي
305	أولاً: تخفيض قيمة الشرط الجزائي
314	ثانياً: زيادة قيمة الشرط الجزائي
318	ثالثاً: استبعاد الشرط الجزائي من العقد
320	رابعاً: منح أجل لتنفيذ الالتزام الأصلي
322	الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط الجزائي
325	ملخص الفصل الثاني
326	خاتمة
331	قائمة المصادر والمراجع
355	الفهرس
367	ملخص الدراسة باللغة العربية

ملخص الدراسة باللغة العربية

بالرغم من عدم نص المشرع على التوازن المالي للعقد كشرط في العقد، إلا أن العدالة العقدية تستوجب التعادل بين ما يؤديه المتعاقد وما يحصل عليه في المقابل، وتظهر أهمية هذا التوازن سواء خلال مرحلة تكوين العقد أو خلال مرحلة تنفيذه، فهما مرحلتان متكاملتان لأن اختلال التوازن المالي خلال إحدى هاتين المرحلتين يترتب عليه المساس بالعدالة العقدية وخطر فسخ العقد ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات في المجتمع. وعليه فإن مسألة إعادة التوازن المالي للعقد المختل أصبحت ضرورة تفرض نفسها بقوة في مجتمعنا المعاصر، الذي يتسم بعدم المساواة بين أطراف العقد بفعل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة، هذا ما يستدعي التوضيح ببعض القواعد القانونية الراسخة قانوناً وأهمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومنح القاضي المدني سلطة التدخل في العقد بوسائل مختلفة تضمن إعادة توازنه المالي المختل، وتجنب فسخه ومنح المتعاقدين فرصة لتنفيذه، باعتبار تنفيذ العقد هو الهدف النهائي من وراء إبرام العقد.

Abstract

Although the legislator does not stipulate the financial balance of the contract as a condition in the contract, contractual justice requires a balance between what the contractor performs and what he receives in return. During one of these two stages, the contractual justice is compromised and the contract is at risk of rescinding, which leads to the instability of transactions in society.

Accordingly, the issue of rebalancing the financial balance of the dysfunctional contract has become a necessity that imposes itself strongly in our contemporary society, which is characterized by inequality between the parties to the contract due to the current social and economic conditions. In the contract by various means that ensure restoring its imbalanced financial balance, avoiding its rescission and giving the contracting parties an opportunity to implement it, given that the implementation of the contract is the ultimate goal behind the conclusion of the contract.